

HOOFTUK 5

EGSKIEDINGSBEMIDDELING IN AUSTRALIË EN NIEU-SEELAND

1 Inleiding

Na 'n ondersoek na die struktuur en funksionering van gesinshowe of gesinsafdelings by howe in verskeie buitelandse jurisdiksies het die Hoexterkommissie in die 1997-*Hoexterverslag*¹ aanbeveel dat die gesinshof wat hulle vir Suid-Afrika in die vooruitsig stel redelik nougeset op die Australiese en die Nieu-Seelandse gesinshof geskoei moet word. Australië en Nieu-Seeland is wat egskeidingsbemiddeling betref die meeste ander buitelandse jurisdiksies ver vooruit. Beide hierdie lande het al meer as twintig jaar lank gesinshowe met maatskaplike komponente wat oor die jare heen toenemend alternatiewe beslegtingsmetodes, veral egskeidingsbemiddeling, formeel in die egskeidingsproses geïntegreer het. Regter Street wys byvoorbeeld in sy openingsrede by die Vyf-en-twintigste Herdenkingskonferensie van gesinshowe in Australië² daarop dat die Australiese gesinshof 'n pioniershof is. Hy sê:

It [die gesinshof] was the first in the world not only to resolve legal matters but also to offer counselling and other options to help people to deal with the emotional trauma of divorce. The Court has continued to build on its status as a world leader through a number of innovative initiatives.

Benewens die publieke bemiddelingsdienste wat via die gesinshowe in hierdie twee lande gelewer word, word familieregtelike kwessies in sowel Australië as Nieu-Seeland soms ook deur private of gemeenskapsbemiddelaars bemiddel.

¹ Vol II Deel 2 par 1.5.

² Die kongres, getitled *Family Law – past, present and future*, is op 26 Julie 2001 in Sydney geopen.

Beide hierdie lande bestaan verder, soos Suid-Afrika, uit multikulturele gemeenskappe waarin verskillende lede van die bevolking Westerse, Oosterse en inheemsregtelike tradisies aanhang. Die wyse waarop kulturele kwessies by egskeiding en ander gesinsgeskille in hierdie twee lande behandel word, is dus van groot belang vir die hervorming van die familieregstelsel in Suid-Afrika.

Die tersaaklike aspekte van die familieregstelsels in Australië en Nieu-Seeland word derhalwe in hierdie hoofstuk beskryf. Dit is egter ten aanvang nodig om daarop te wys dat dit veral Australië³ is wat die afgelope paar jaar begin het om die voortou te neem met die daarstelling van nuwe wetgewing wat egskeidingspartye ten sterkste aanmoedig of selfs verplig om eers van sogenaamde primêre dispuitbeslegtingsmetodes, veral bemiddeling, gebruik te maak alvorens hulle hul tot litigasie wend. In Nieu-Seeland, daarenteen, vind verwysings na egskeidingsbemiddeling steeds plaas ingevolge die wetgewing wat meer as twintig jaar gelede die Nieu-Seelandse gesinshof in die lewe geroep het.⁴ Die Nieu-Seelandse Regskommissie⁵ is egter tans besig om die posisie in Nieu-Seeland te ondersoek ten einde te bepaal of die huidige stelsel van verwysing na egskeidingsbemiddeling voldoende en in ooreenstemming met die eise van die moderne samelewing is.

2 Egskeidingsbemiddeling in Australië

2.1 Agtergrond

2.1.1 Die ‘ou’ egskeidingsreg

Soos in die meeste ander Westerse jurisdiksies het die skuldbeginsel ook aanvanklik in die

³ Sien par 2 hieronder.

⁴ Sien par 3 hieronder.

⁵ *Family Court Dispute Resolution – a discussion paper* gedateer Januarie 2002.

Australiese egskeidingsreg gegeld. Ingevolge die ou *Matrimonial Causes Act 1959*⁶ kon ‘n egskeiding slegs op een van die volgende gronde verkry word:⁷

- skuldige optrede of wangedrag deur een van of albei die partye, insluitende overspel, wredeheid, alkoholisme of kwaadwillige verlating;
- permanente geestesongesteldheid; of
- afsonderlike verblyf vir ‘n tydperk van minstens vyf jaar.

Alhoewel laasgenoemde twee gronde streng gesproke nie op skuld gebaseer was nie, het hierdie gronde selde in die praktyk gefigureer. Dit was, in die eerste plek, moeilik om permanente geestesongesteldheid te bewys en, in die tweede plek, was partye wat wou skei selde bereid om vyf jaar lank vir ‘n egskeidingsbevel te wag. In daardie gevalle het hulle dus dikwels eerder getuienis gefabriseer sodat hulle makliker en spoediger ‘n egskeiding op een van die skuldgebaseerde gronde kon verkry.⁸ Die onskuldige gade het dan onder ander ‘n eis om skadevergoeding teen die skuldige gade gehad⁹ en ‘n vrou wat nie aan wangedrag skuldig was nie, was op lewenslange onderhou geregtig.¹⁰ Enige skuld of wangedrag aan die kant van een van die partye is ook by die verlening van bewaringsbevele in aanmerking geneem.¹¹ Dit was gevolglik van die grootste belang vir die sukses van die egskeidingsaansoek en aksessore regshulp dat beskuldigings by egskeiding heen en weer geslinger moes word. Hierdie toedrag van sake het uit die aard van die saak tot bitterheid en vyandigheid tussen die partye aanleiding gegee en nadelig

⁶ Wet 32 van 1959.

⁷ A 28.

⁸ *Australian Law Online: Australian Law on Divorce – Brief historical background*
1. Sien ook hfst 2 par 2.3 waar verduidelik word dat partye in SA ook dikwels genoodsaak was om getuienis te fabriseer ten einde ‘n egskeidingsbevel te verkry.

⁹ A 44.

¹⁰ A 84.

¹¹ A 85.

op die belang van enige betrokke kinders ingewerk.¹²

2.1.2 Die ‘nuwe’ egskeidingsreg

Op 5 Januarie 1976 is die *Matrimonial Causes Act* deur ‘n nuwe wet, die *Family Law Act 1975*,¹³ vervang. Hierdie Wet het verreikende veranderinge vir die destydse Australiese egskeidingsreg ingehou.

In die eerste plek is die ou egskeidingsgronde deur een skuldlose egskeidingsgrond, naamlik die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik, vervang.¹⁴ Ingevolge die Wet moet hierdie egskeidingsgrond bewys word deur afsonderlike verblyf vir ‘n periode van minstens twaalf maande.¹⁵ Die *Family Law Act* bepaal verder dat skuld ook nie langer ‘n rol by die finansiële gevolge van egskeiding of by enige besluite oor die welsyn van kinders speel nie.¹⁶ Die Wet is doelbewus opgestel om seker te maak dat gades wat skei nie sake vir hulle kinders vererger deur lang, uitgerekte en hewige gevegte oor wie vir die verbrokkeling van huwelik te blameer is nie. Die hoop is verder uitgespreek dat skuldlose egskeiding ‘n nuwe benadering tot gevolg sou hê wat waardiger, goedkoper en minder uitgerek sou wees.¹⁷

In die tweede plek het die *Family Law Act* ook op 5 Januarie 1976 die Australiese gesinshof

¹² Sien ook hfst 2 par 2 waar die invloed en die gevolge van die ou egskeidingsreg in SA bespreek word.

¹³ Wet 59 van 1975.

¹⁴ A 48(1).

¹⁵ A 48(2).

¹⁶ Sien aa 68, 72 en 90.

¹⁷ *Australian Law Online: Australian Law on Divorce – Brief historical background* 2.

in die lewe geroep.¹⁸ Daar is gevoel dat die staatshowe, waarin onder andere ook straf sake aangehoor word, nie langer 'n gepaste omgewing is vir diegene wat die egskeidingsproses moet deurloop nie. Die *Family Law Act* het derhalwe bepaal dat die gesinshof jurisdiksie het om alle huweliksaangeleenthede en sekere ander familieregtelike kwessies¹⁹ aan te hoor.²⁰ Die gesinshof is 'n hoër hof²¹ wat aanvanklik met vyf regters ingestel is, maar wat vandag met meer as vyftig regters in al die state van Australië, buiten Wes-Australië,²² funksioneer.²³

Die kruks van die nuwe gesinshowe word treffend opgesom in die toespraak wat die destydse eerste minister van Australië²⁴ tydens die tweede lesing van die *Family Law Act* in 1974 gelewer het:²⁵

The essence of the Family Courts is that they will be helping courts. Judges will be specifically chosen and carefully selected for their suitability for the work of the Court. There will be attached to the Court specialist staff, notably marriage counsellors and welfare officers, to assist the parties at any stage and even independently of any proceedings. These Courts will therefore be very different from the Courts that presently exercise Family Law jurisdiction. The Family Court will, of

¹⁸ A 21(1).

¹⁹ Soos aanneming en geskille mbt buite-egtelike kinders.

²⁰ A 31.

²¹ A 21.

²² Wes-Australië het sy eie staatgesinshof wat volle jurisdiksie ig die *Family Law Act* uitoefen.

²³ Street *Family Law – past, present and future* 2.

²⁴ MnR Gough Whitlam.

²⁵ Australian Law Online: *Family Court of Australia – A separate Family Court of Australia* 1.

course, determine legal rights which it is bound to do as a Court, but it will do much more than that. Here will be a Court, the expressly stated purpose of which is to provide help, encouragement and counselling to parties with marital problems and to have regard to the human problems, not just their legal rights. Parties will not be driven to the Court by their despair as a last resort; they will be encouraged to come to the welfare and counselling staff of the Court whenever they have a matrimonial problem, even if they are not contemplating proceedings of any kind. This help would also be available after divorce proceedings and this would ... be of great importance where there were young children.

'n Baie belangrike aspek van die nuwe gesinshof is dus dat dit die belangrikheid van konsiliarie en berading by die beslegting van egskeiding en ander gesinsgeskille amptelik erken en benadruk het.²⁶ Ander belangrike aspekte van die gesinshof is dat dit procedures vereenvoudig het en formaliteit verminder het, dat dit dienste aan verafgeleë areas deur rondgaande howe beskikbaar gestel het en dat daar by die howe kinderversorgingsdienste beskikbaar gestel is vir ouers wat van die gesinshof se dienste gebruik wou maak.²⁷ Die gesinshowe wat deur die *Family Law Act* in die lewe geroep is, openbaar dus 'n informele en gemoedelike karakter wat die reg meer toeganklik en aanvaarbaar maak vir diegene wat die egskeidingsproses moet deurloop.

Die *Family Law Act* het in die derde plek ook die beginsel bevestig dat die belang van enige betrokke kinders die belangrikste oorweging by egskeiding of ander familieregtelike kwessies is.²⁸

²⁶ Sien hfst 4 par 2.3.2 vir 'n verduideliking van die begrippe 'konsiliarie' en 'berading'.

²⁷ *Australian Law Online: The Family Court of Australia* 1-2.

²⁸ A 60B. Sien ook *Australian Law Online: Australian Family Law – The Constitutional Framework* 3.

Dit blyk dus dat die *Family Law Act* die skuldbeginsel by egskeiding en die gevolge daarvan afgeskaf het, dat dit 'n nuwe hoër hof, synde die gesinshof, met 'n maatskaplike komponent daargestel het en dat dit die 'beste belang van die kind'-maatstaf by egskeidingsverrigtinge ingevoer het.

2.2 Opkoms van alternatiewe dispootbeslegting in Australië

Ten spyte van die belangrike veranderinge wat die *Family Law Act* teweeg bring het, was daar steeds klagtes in Australië dat die egskeidingsproses te duur, te vyandig, te moeisaam en te langdradig en uitgerek is.²⁹ Die adversatiewe stelsel van litigasie, wat ook in die gesinshowe toepassing vind, het steeds veroorsaak dat partye 'n "ek wen, jy verloor"-houding by egskeiding geopenbaar het. Verwysings na "... the destructive nature of proceedings, the inflammation of conflict, the increase in family stress, the incitement of hostility and the polarisation of parents resulting in trauma to children..." was ongelukkig ná die inwerkingtreding van die *Family Law Act* nog aan die orde van die dag.³⁰ Ten einde hierdie probleme van die hofstelsel die hoof te bied, het mense toenemend na alternatiewe maniere begin soek om hulle probleme rondom egskeiding op te los. Bagshaw³¹ verwys hierna en sê

[i]n Australia since the mid-1980s there has been a wave of enthusiasm for alternative approaches to litigation, in particular for mediation.

'n Ander rede vir die nuwe belangstelling in bemiddeling kan toegeskryf word aan die

²⁹ Field 1996 *Australian Dispute Resolution Journal* 15; Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 182; Dearlove 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 12.

³⁰ Field 1996 *Australian Dispute Resolution Journal* 15; vgl ook Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 183.

³¹ 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 182.

neiging tot privatisering en besnoeiing in publieke besteding in Australië. Bagshaw³² sê die volgende hieroor:

In this age of economic rationalism, it is predictable that governments promote mediation and other primary dispute resolution processes as they purport to offer considerably cheaper and quicker models of dispute resolution than formal litigation.

Hierdie vlaag van belangstelling in bemiddeling het tot die snelle ontwikkeling van verskeie bemiddelingsdienste in Australië gele – aanvanklik hoofsaaklik in die privaat sektor en op gemeenskapsvlak,³³ en later ook in die gesinshof.³⁴

2.2.1 Bemiddelingsdienste in die privaat sektor

In die privaat sektor het onafhanklike organisasies soos *LEADR* (*Lawyers Engaged in Alternative Dispute Resolution*) en *Mediate Today*, waarby private professionele bemiddelaars geakkrediteer is, die voortou geneem en bemiddelingsdienste teen vergoeding, en op 'n vrywillige basis, aan die publiek gelewer.³⁵ Sedert die vroeë 1990's het hierdie onafhanklike organisasies betekenisvolle bydraes gelewer om private bemiddelaars op te lei en om hierdie bemiddelaars se dienste te bevorder en te adverteer. Databasisse van geakkrediteerde bemiddelaars is vandag byvoorbeeld op die internet beskikbaar.³⁶ Hieruit blyk dat private bemiddelaars uit 'n wye verskeidenheid professies

³² 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 187.

³³ Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 180.

³⁴ In hst 4 par 4.2 word aangedui dat bemiddeling in SA ook in (hoofsaaklik drie) verskillende sektore aangebied word.

³⁵ Spencer 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 248; Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 189.

³⁶ *About LEADR* (webwerf); *Mediate Today* (webwerf).

en beroepe kom. Dit blyk verder dat private bemiddelaars dwarsdeur Australië, insluitende die verafgeleë plattelandse areas, beskikbaar is om veral egskeidingsgeskille en ander kwessies rondom egskeiding privaat te bemiddel. 'n Groot aantal van hierdie bemiddelaars se private bemiddelingsdienste word egter nog nie ten volle deur die publiek benut nie.³⁷ King³⁸ merk byvoorbeeld op dat "... a number of appropriately qualified people are still not doing many (if any) mediations".

2.2.2 Bemiddelingsdienste op gemeenskapsvlak

Op gemeenskapsvlak is daar verskeie organisasies soos *Relationships Australia*, *Lifeworks*, *Centacare Australia* en *Family Services Australia* wat hulle voorheen hoofsaaklik op huweliksvoorligting en -berading toegespits het, wat ook begin het om bemiddelingsdienste gratis aan die publiek te lewer. Faulkes en Claremont³⁹ wys ook op die belangrike bydrae wat sogenaamde 'Community Justice Centres' tot gemeenskapsbemiddeling in Australië gelewer het. Befondsing vir die bemiddelingsdienste wat deur hierdie gemeenskapsgebaseerde organisasies gelewer word, kom sedert 1989 hoofsaaklik van die staat af.⁴⁰ Die Australiese regering maak van tyd tot tyd formele aankondigings van spesifieke bedrae geld wat vir die uitbreiding van onder andere gemeenskapsgebaseerde bemiddeling bewillig word.⁴¹ Tot op datum het die staat al etlike miljoene dollar bestee om die bemiddelingsdienste van gemeenskapsgebaseerde organisasies uit te brei en te

³⁷ In hfst 4 par 4.2.2 word aangetoon dat private bemiddelingsdienste in SA ook op klein skaal deur slegs die welvarendste deel van die bevolking benut word en uit par 3.2.3 hieronder blyk dat private bemiddelingsdienste in Nieu-Seeland heeltemal onderbenut word.

³⁸ 1999 *Australasian Dispute Resolution Journal* 70.

³⁹ 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 179-180.

⁴⁰ Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 182-183.

⁴¹ Sien bv Dept vd PG Coalition to expand primary dispute resolution services 1, *More money to help separating families* 4-6 en *Additional counselling and mediation dispute resolution services for families* 1-2.

verbeter.⁴² Op hierdie wyse word die toegang tot en die beskikbaarheid van bemiddelingsdienste oral in Australië verseker. Australiërs het oor die algemeen vertroue in hierdie gemeenskapsgebaseerde organisasies⁴³ en die bemiddelingsdienste wat hier aangebied word, is reeds gewild.⁴⁴

2.2.3 Bemiddelingsdienste in die gesinshof

Die gesinshof, wat sedert sy totstandkoming die belang van berading en konsiliarie by egskeiding beklemtoon het, het mettertyd ook op die vlaag van belangstelling in bemiddeling gereageer. In 1992 is 'n bemiddelingsloodsprojek in die Melbourne-registrasiekantoor van die gesinshof van stapel gestuur⁴⁵ en vandag bestaan daar bemiddelingsdienste, bekend as die *Family Court Mediation Service*, by al die registrasiekantore van die gesinshof. Die gesinshof het ook kontrakte met verskeie goedgekeurde gemeenskapsgebaseerde organisasies gesluit om bemiddelingsdienste namens die *Family Court Mediation Service* te lewer in gevalle waar dit weens afstand of werksdruk nie vir die *Family Court Mediation Service* moontlik is om self sodanige dienste te lewer nie.⁴⁶ Artikel 13B van die *Family Law Act* maak in hierdie verband daarvoor voorsiening dat organisasies wat aan sekere vereistes voldoen⁴⁷ by die Minister aansoek kan doen om as 'n bemiddelingsorganisasie goedgekeur te word.

⁴² Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 188.

⁴³ In hfst 4 par 4.2.3 word daarop gewys dat gemeenskapsgebaseerde organisasies in SA ook in noue voeling met die breë bevolking is.

⁴⁴ Gee 1998 *Australian Dispute Resolution Journal* 185.

⁴⁵ Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 183.

⁴⁶ Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 188.

⁴⁷ Ig a 13B moet die Minister oortuig wees dat “(a) the organisation is willing and able to engage in family and child mediation; and (b) the whole, or a substantial part, of the organisation’s activities consist, or will consist, of family and child mediation”.

Die bemiddelingsdienste van die *Family Court Mediation Service* is in beginsel slegs beskikbaar vir partye nadat hulle 'n aansoek rakende die belang van kinders of 'n aansoek aangaande finansiële kwessies in familieregtelike dispute in die gesinshof aanhangig gemaak het.⁴⁸ In sommige registrasiekantore van die gesinshof is hierdie bemiddelingsdienste ten aansien van kinderkwessies egter selfs voor die instel van 'n aansoek rakende die belang van kinders beskikbaar.⁴⁹

As bemiddelingsdienste deur die *Family Court Mediation Service* self aangebied word en kwessies nie na 'n goedgekeurde bemiddelingsorganisasie verwys word nie, word geskille wat slegs oor kinderaangeleenthede handel deur hofberaders oftewel *court counsellors* bemiddel.⁵⁰ *Court counsellors* word omskryf as "... qualified social workers and psychologists with expertise in helping separating couples make arrangements for their children".⁵¹ As die geskille egter meer oor finansiële kwessies handel, word dit deur sogenoemde '*deputy registrars*' bemiddel.⁵² *Deputy registrars* word weer omskryf as "[c]ourt-appointed lawyers who are experts in family law...".⁵³ As die geskille voor die hof oor sowel kinder- as finansiële kwessies handel, word die spanbenaderingsmetode

⁴⁸ *Australian Law Online: Family Court of Australia – Mediation: Pathway to agreement 3.*

⁴⁹ Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 184; *Australian Law Online: Family Court of Australia – Mediation: Pathway to agreement 3.*

⁵⁰ *Australian Law Online: Family Court of Australia – Mediation: Pathway to agreement 1.*

⁵¹ *Australian Law Online: Family Court of Australia – Marriage, families and separation 2.*

⁵² *Australian Law Online: Family Court of Australia – Mediation: Pathway to agreement 1.*

⁵³ *Australian Law Online: Family Court of Australia – Marriage, families and separation 3.*

gevolg.⁵⁴ In hierdie gevalle word bemiddelingssessies dus deur sowel 'n *court counsellor* as 'n *deputy registrar* behartig.

Uit 'n evaluasie van die *Family Court Mediation Service* wat in 1994 onderneem is,⁵⁵ blyk dat Australiërs tevrede is met die bemiddelingsdienste wat by die gesinshof aangebied word. Bordow en Gibson berig byvoorbeeld dat⁵⁶

[c]lients were overwhelmingly convinced that mediation generates agreements that are fair, pressure free and more favourable than a litigated arrangement would have been;

en

[a]s the comprehensive mediation offered by the Family Court program affords simultaneous exploration of children and financial matters, and with the possibility of integrative bargaining, there is a better likelihood of achieving a mutually satisfactory agreement.

Benewens die bemiddelingsdienste wat aangebied word, word daar verder ook inligtingsessies, beradingsdienste, gemeenskapsopvoedingsprogramme en skikkingskonferensies by die gesinshof aangebied.⁵⁷

⁵⁴ Dept vd PG *Delivery of PDR Services* 21. Sien ook hfst 4 par 3.3.9.

⁵⁵ Bordow & Gibson *Evaluation of the Family Court Mediation Service* 9-11.

⁵⁶ *Evaluation of the Family Court Mediation Service* 9.

⁵⁷ Dept vd PG *Delivery of PDR Services* 21; Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 184.

2.3 Onlangse relevante ontwikkelings in Australië

Through legislative reform and innovative services and strategies, the Commonwealth Government is working to ensuring that the family law system meets the needs of Australian families, and is accessible, fair and transparent.⁵⁸

Ontwikkelings die afgelope paar jaar getuig veral van die Australiese regering se toewyding om alternatiewe vir litigasie beskikbaar te stel vir die oplossing van geskille rondom egskeiding en om egskeidingspartye ten sterkste aan te moedig om eers van hierdie alternatiewe gebruik te maak alvorens hulle hul tot die howe wend.

2.3.1 Die *Family Law Reform Act 1995*⁵⁹

Die *Family Law Reform Act*, wat op 11 Junie 1996 in werking getree het,⁶⁰ het die *Family Law Act* in twee belangrike opsigte ingrypend gewysig. Die *Family Law Reform Act* het in die eerste plek sogenaamde ‘*primary dispute resolution*’-bepalings in die *Family Law Act* ingevoer.

In die tweede plek het dit die manier waarop kinders in familieregtelike verrigtinge in die gesinshof hanteer word, verander. Belangrike bepalings van die *Family Law Act* is in hierdie verband gewysig om voorsiening te maak vir ‘n klemverskuiwing vanaf ouerlike regte na die beste belang van die kind. Hierdie wysigings kan gevind word in Deel VII van die *Family Law Act*.⁶¹ Begrippe soos ‘*guardianship*’, ‘*custody*’ en ‘*access*’ is deur nuwe konsepte soos ‘*parental responsibility*’, ‘*residence*’ en ‘*contact*’ vervang omdat die ou

⁵⁸ Dept vd PG *Family Law Reforms* 1.

⁵⁹ Wet 167 van 1995.

⁶⁰ *Australian Law Online: Australian Family Law – The Constitutional Framework* 3.

⁶¹ Aa 60A tot 70Q.

begrippe⁶² volgens die staat “a notion of property in children” aankweek.⁶³ Die nuwe konsepte erken egter

... the desirability of continuing joint responsibility and co-operation in parenting even though a marriage or relationship had broken down.⁶⁴

Die sogenaamde ‘*primary dispute resolution*’-bepalings, wat van besondere belang vir doeleindes van hierdie proefskrif is, word vervolgens intringend ondersoek. Hierdie bepalings word uiteengesit in Deel III⁶⁵ van die *Family Law Act*, wat in ses onderafdelings met die volgende titels verdeel word: 1 *Object and outline*, 2 *Obligations to consider the possibility of reconciliation*, 3 *Obligations to consider advising people about primary dispute resolution methods*, 4 *Counselling*, 5 *Mediation and arbitration* en 6 *Miscellaneous*.

2.3.1.1 *Doelstelling*

Wat die eerste onderafdeling van Deel III van die *Family Law Act* betref, is daar ‘n interessante nuwigheid te vind in artikel 14, naamlik die gebruikmaking van ‘n doelstellingsklousule. Die artikel bepaal soos volg:

The object of this Part is:

- (a) to encourage people to use primary dispute resolution mechanisms (such as counselling, mediation, arbitration or other means of conciliation or reconciliation) to resolve matters in which a court order might otherwise be made under this Act, provided the mechanisms

⁶² Soos ‘*parental rights*’, ‘*custody*’ and ‘*access*’.

⁶³ *Australian Law Online: Family Court of Australia – Change of terminology* 2.

⁶⁴ *Australian Law Online: Australian Family Law – The Constitutional Framework* 3.

⁶⁵ Aa 14 tot 19Q.

are appropriate in the circumstances and proper procedures are followed; and

- (b) to ensure that people have access to counselling:
 - i to improve relationships covered by this Act; and
 - ii to help them adjust to court orders under this Act.

Pearce en Geddes⁶⁶ is van mening dat sodanige doelstellingsklousules in wetgewing die moderne weergawe van die gebruiklike aanhef tot 'n stuk wetgewing is. As sodanig beteken die doelstellingsklousule nie veel nie, maar as daar 'n onsekerheid of dubbelsinnigheid in ander bepalings van die Wet voorkom of as die gewone betekenis van ander bepalings van die Wet heeltemal belaglik of onredelik is, kan die hof by die uitleg van die betrokke bepalings die doelstellingsklousule, asook die parlementêre debatte wat die verordening van die Wet voorafgegaan het, raadpleeg.⁶⁷

2.3.1.2 Plig om die moontlikheid van 'n rekonsiliasie te oorweeg

Die tweede onderafdeling van Deel III van die *Family Law Act*, wat 'n plig op regters⁶⁸ en regspraktisyens⁶⁹ plaas om die moontlikheid van rekonsiliasie tussen die partye te oorweeg, is uit die aard van die saak wenslik en prysenswaardig. Op die oog af getuig hierdie bepalings duidelik van die Australiese wetgewer se verbintenis daartoe om eerder die huwelik as instelling te beskerm as om die ontbinding

⁶⁶ *Statutory Interpretation in Australia* par 4.34 soos aangehaal in Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 57.

⁶⁷ Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 57.

⁶⁸ A 14C.

⁶⁹ A 14D.

daarvan te beklemtoon.⁷⁰ Altobelli⁷¹ wys egter daarop dat hierdie bepalings vir praktiese doeleindeste betekenisloos is en dat dit bloot op lippediens neerkom, veral omdat daar geen afdwingingsmaatreëls ten aansien daarvan bestaan nie.

2.3.1.3 Plig om advies aangaande primêre dispootbeslegtingsmetodes te oorweeg

In die derde onderafdeling van Deel III van die *Family Law Act* word in artikel 14E eerstens verduidelik wat die sogenaamde ‘*primary dispute resolution*’-metodes behels, naamlik:

... procedures and services for the resolution of disputes out of court, including:

- (a) counselling services provided by family and child counsellors; and
- (b) mediation services provided by family and child mediators; and
- (c) arbitration services provided by arbitrators.

Die gebruik van die woord ‘*including*’ in die omskrywing maak dit duidelik dat ander alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes of primêre dispootbeslegtingsmetodes deur ander persone as dié wat spesifiek in die omskrywing genoem word, nie uitgesluit word nie.⁷²

Artikels 14F en 14G plaas vervolgens ‘n plig op onderskeidelik die hof en

⁷⁰ A 43 bepaal voorts dat “... the need to preserve and protect the institution of marriage as the union of a man and a woman to the exclusion of all others voluntarily entered into for life” een van die basiese beginsels is wat howe ig die *Family Law Act* moet toepas.

⁷¹ 1997 *Australian Journal of Family Law* 58.

⁷² Sien hfst 4 par 2.3 waar ander alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes kortlik verduidelik word.

familieregspraktisys om spesifieker te oorweeg of hulle die partye of hulle kliënte moet adviseer oor die primêre dispootbeslegtingsprosedures wat beskikbaar is om hulle dispute op te los. Altobelli⁷³ meld dat hierdie eienaardige artikels 'n kombinasie van 'n plig en 'n diskresie behels. Hy sê:

The duty to consider is mandatory, but having discharged the duty, the outcome of that appears to be advice, which may be accepted or rejected at the option of the person receiving the advice.

As daar egter onduidelijkheid oor die betekenis van hierdie artikels bestaan, en meer spesifieker oor die aard en omvang van die plig, kan daar na die doelstellingsklousule gekyk word en hieruit blyk duidelik dat 'n betekenisvolle toepassing van primêre dispootbeslegtingsmetodes in die vooruitsig gestel word. Altobelli⁷⁴ is dus van mening dat artikels 14F en 14G inhoud dat die hof en regspraktisys in alle gevalle, behalwe waar primêre dispootbeslegting heeltemal onvanpas is,⁷⁵ advies aangaande die toepaslike primêre dispootbeslegtingsmetodes aan partye en kliënte moet gee. Alhoewel daar geen nagevolge vir partye of kliënte is wat nie hierdie advies wil aanvaar nie, kan die bepalings van artikels 14F en 14G desnieteenstaande as 'n poging gesien word om die kultuur van die Australiese howe en regspraktisys te verander. Sourdin⁷⁶ wys in hierdie verband daarop dat baie prokureursordes en balie-assosiasies in Australië ook reeds professionele gedragsreëls ingestel het ingevolge waarvan regspraktisys verder aangemoedig word om hulle kliënte oor moontlike alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes te

⁷³ 1997 *Australian Journal of Family Law* 58.

⁷⁴ 1997 *Australian Journal of Family Law* 60.

⁷⁵ Bv in gevalle waar die bemiddelaar nie daarin sal kan slaag om 'n ernstige magswanbalans tussen die betrokke partye te herstel nie of in gevalle waar daar van ernstige gesinsgeweld sprake is. Sien verder hfst 6 par 3.2.4.

⁷⁶ 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 184.

adviseer. Sourdin is egter van mening dat hierdie gedragsreëls sterker gestel behoort te word en meer voorskriftelik behoort te wees sodat regspraktisyns professionele aanspreeklikheid kan oploop as hulle nie hierdie plig teenoor hulle kliënte nakom nie.

2.3.1.4 Berading

Die vierde onderafdeling van Deel III van die *Family Law Act* bevat spesifieke bepalings ten aansien van berading. Die bepalings het betrekking op sowel huweliksberading⁷⁷ as berading vir partye wat huweliksverbrokkeling in die gesig staar.⁷⁸ Die wyer begrip ‘berading’ (*counselling*) word dus bo die begrip ‘konsiliarie’ verkies.⁷⁹

Artikel 16C plaas weer eens ‘n plig op howe wat jurisdiksie ingevolge die *Family Law Act* uitoefen en op regspraktisyns om te oorweeg of hulle partye en kliënte wat besig is om te skei of wat wil skei, moet adviseer aangaande beskikbare beradingsdienste. Verder bestaan die moontlikheid ook dat die hof partye kan verplig om vir berading te gaan. Ingevolge artikel 16A moet ‘n hof wat ‘n bevel maak een van of al twee die partye na ‘n gesins- en kinderberader verwys indien die hof van mening is dat berading in belang van die partye of hulle kinders sal wees. Ingevolge artikel 16B kan ‘n hof verder ook te eniger tyd voor die verlening van ‘n bevel by partye aanbeveel om vir berading te gaan en verrigtinge in die hof in die tussentyd verdaag. Dit is dus duidelik dat partye wat besig is om te skei, selfs teen hulle sin, gedwing kan word om vir berading te gaan.

⁷⁷ Aa 16 tot 16B. Di berading om verhoudinge tussen gades of tussen gades en kinders te verbeter.

⁷⁸ A 16C. Di berading om partye en kinders te help om by die gevolge van huweliksverbrokkeling aan te pas.

⁷⁹ Sien hfst 4 par 2.3.2 vir ‘n verduideliking van die begrippe ‘konsiliarie’ en ‘berading’.

2.3.1.5 Bemiddeling en arbitrasie

Onderafdeling 5 van Deel III van die *Family Law Act* bestaan uit twee subafdelings, te wete bemiddeling en arbitrasie.

Die bepalings wat oor bemiddeling handel, maak in die eerste plek daarvoor voorsiening dat ‘n persoon wat by ‘n familieregtelike geskil betrokke is ‘n hof wat jurisdiksie ingevolge die *Family Law Act* uitoefen, kan versoek om ‘n gesins- en kinderbemiddelaar (*family and child mediator*) aan te stel om die geskil te bemiddel.⁸⁰ ‘n Persoon kan ook te eniger tyd ‘n gesins- en kinderbemiddelaar direk nader om ‘n geskil te bemiddel sonder enige tussenkomst deur die hof.⁸¹ Ingevolge artikel 4 sluit die begrip ‘*family and child mediator*’ die volgende in:

- (a) a person employed or engaged by the Family Court or a Family Court of a State to provide family and child mediation services;^[82] or
- (b) a person authorised by an approved mediation organisation to offer family and child mediation on behalf of the organisation;^[83] or
- (c) a person, other than a person mentioned in paragraph (a) or (b), who offers family and child mediation^[84].

⁸⁰ Aa 19A en 19AAA.

⁸¹ A 19AA.

⁸² So ‘n persoon word ig a 4 ‘n hofbemiddelaar genoem. Soos hierbo in par 2.2.3 verduidelik, vervul *court counsellors* en *deputy registrars* hierdie rol in die gesinshof.

⁸³ So ‘n persoon word ig a 4 ‘n gemeenskapsbemiddelaar genoem. Sien ook parr 2.2.2 en 2.2.3 hierbo.

⁸⁴ So ‘n persoon word ig a 4 ‘n private bemiddelaar genoem. Sien ook par 2.2.1 hierbo.

Bemiddelaars uit al drie die verskillende sektore wat met bemiddeling gemoeid is,⁸⁵ word dus hier deur die nuwe bepalings van die *Family Law Act* by die bemiddelingsproses betrek.

Die bepalings wat oor bemiddeling handel, maak verder daarvoor voorsiening dat 'n hof wat jurisdiksie ingevolge die *Family Law Act* uitoefen, 'n dispuut of meerdere dispute in verrigtinge voor die hof met toestemming van die betrokke partye na 'n hofbemiddelaar (*court mediator*) kan verwys.⁸⁶ Die hof kan dan die betrokke verrigtinge verdaag, terwyl die betrokke beampete van die hof die nodige reëlings tref dat 'n hofbemiddelaar die tersaaklike geskil(le) tussen die partye bemiddel. Dit blyk egter duidelik uit die bewoording van die Wet dat hierdie bemiddelingssessies deur 'n hofbemiddelaar slegs met toestemming van die betrokke partye kan geskied.

Artikel 19BA(1) bepaal laastens dat 'n hof wat jurisdiksie ingevolge die *Family Law Act* uitoefen die partye in die verrigtinge voor die hof moet adviseer om die hulp van 'n gesins- en kinderbemiddelaar⁸⁷ in te roep indien die hof van mening is dat sodanige optrede die partye behulpsaam kan wees met die oplos van die geskil(le) tussen hulle. Die hof het ook hier die bevoegdheid om die betrokke verrigtinge te verdaag ten einde bywoning van bemiddelingssessies moontlik te maak.⁸⁸ Altobelli⁸⁹ wys in hierdie verband daarop dat die hof se bevoegdheid om die verrigtinge te verdaag nie daarvan afhang of die partye die hof se advies om die hulp van 'n bemiddelaar te soek, aanvaar het of nie. Ingevolge artikel 19BA(2) is die enigste

⁸⁵ Sien par 2.2 hierbo.

⁸⁶ Aa 19B en 19BAA. Private en gemeenskapsbemiddelaars word dus nie hier betrek nie.

⁸⁷ Ig a 4 sluit dit dus 'n hofbemiddelaar, 'n gemeenskapsbemiddelaar en 'n private bemiddelaar in.

⁸⁸ A 19BA(2).

⁸⁹ 1997 *Australian Journal of Family Law* 62.

voorraarde vir die verdaging van die verrigtinge dat die hof van mening moet wees dat dit wenslik is om die verrigtinge te verdaag. Dit blyk egter nie duidelik of die howe ingevolge hierdie artikel die bevoegdheid het om partye teen hulle sin te dwing om na gesins- en kinderbemiddelaars te gaan om hulle te help om hulle geskille op te los nie. In die lig van die feit dat die howe wel ingevolge artikel 16A van die *Family Law Act* die bevoegdheid het om partye te dwing om vir berading⁹⁰ te gaan,⁹¹ is Altobelli⁹² van mening dat die howe toenemend sal begin om artikel 19BA so te vertolk dat hulle wel die bevoegdheid het om partye te dwing om geskille tussen hulle te laat bemiddel. Hierteenoor meld Gee⁹³ dat bemiddeling ingevolge die *Family Law Act* ongetwyfeld vrywillig is. Die tyd sal dus moet leer of die howe die bevoegdheid het om partye te dwing om vir bemiddeling te gaan. In die lig van die tendens in verskeie ander stukke wetgewing in Australië buite die kader van die familiereg, soos die *Courts Legislation Amendment Act 1995*⁹⁴ en die *Supreme Court Amendment (Referral of Proceedings) Act 2000*,⁹⁵ om verpligte bemiddelingsbepalings in te sluit, lyk dit egter of Altobelli se voorspelling dat die howe gaan begin om partye te dwing om familieregtelike geskille te laat bemiddel

⁹⁰ Sien par 2.3.1.4 hierbo.

⁹¹ En aanvanklik ook vir arbitrasie ig a 19D(2) soos dit gelui het voordat dit deur die *Family Law Amendment Act 2000* gewysig is. Die *Family Law Amendment Act* word hieronder in par 2.3.3 kortliks bespreek.

⁹² 1997 *Australian Journal of Family Law* 62-64.

⁹³ 1998 *Australian Dispute Resolution Journal* 183.

⁹⁴ Wet 32 van 1995. Sien Dearlove 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 13 wat daarop wys dat hierdie Queensland-wet "... amended the various State Court Acts installing into the court jurisdictions the power to order ADR".

⁹⁵ Wet 11 van 2000. Sien Spencer 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 237-242 en Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 181 vir 'n bespreking van die bepalings van hierdie Nieu-Suid-Wallis-wet wat die bestaande *Supreme Court Act 1970 (NSW)* gewysig het om voorsiening te maak vir die verwysing van sake na bemiddeling of neutrale evaluasie sonder die toestemming van die betrokke partye.

waarskynlik korrek is.

Die bepalings van onderafdeling 5 van Deel III van die *Family Law Act* wat oor arbitrasie handel, maak daarvoor voorsiening dat die gesinshof in verrigtinge aangaande eiendoms- en onderhoudsaangeleenthede⁹⁶ bevele kan gee dat die betrokke verrigtinge of enige deel daarvan deur arbitrasie ooreenkomstig die toepaslike hofreëls besleg moet word.⁹⁷ Sodanige bevele kon aanvanklik met of sonder die toestemming van al die betrokke partye gemaak word.⁹⁸ As 'n bevel verleen word dat verrigtinge na arbitrasie verwys moet word, het die howe verder die bevoegdheid om die betrokke verrigtinge in die hof te verdaag en om sodanige addisionele bevele te maak as wat nodig is om die behoorlike verloop van 'n arbitrasie te verseker.⁹⁹ Die uitslag van so 'n arbitrasie, asook van 'n private arbitrasie oor eiendoms- of onderhoudsaangeleenthede, kan in 'n hof wat jurisdiksie ingevolge die *Family Law Act* uitoeft, geregistreer word en daarna het dit dieselfde regskrag as 'n bevel van die betrokke hof.¹⁰⁰ Toekennings wat in arbitrasieverrigtinge gemaak word, is egter onderworpe aan hersiening deur die hof op aansoek van enigeen van die betrokke partye.¹⁰¹

⁹⁶ Soos uiteengesit in Deel VIII van die *Family Law Act*.

⁹⁷ A 19D(1).

⁹⁸ A 19D(2) van die *Family Law Act* soos dit gelui het voordat dit deur die *Family Law Amendment Act 2000* gewysig is, het duidelik vir verpligte arbitrasie voorsiening gemaak. Die *Family Law Amendment Act* het egter hierdie bepaling sodanig gewysig dat arbitrasie nou slegs met die toestemming van al die betrokke partye kan plaasvind. Die *Family Law Amendment Act* word hieronder in par 2.3.3 kortliks bespreek.

⁹⁹ A 19D(3).

¹⁰⁰ Aa 19D(5) en 19E(2).

¹⁰¹ Aa 19F en 19FA.

2.3.1.6 Diverse aangeleenthede

In die laaste onderafdeling van Deel III van die *Family Law Act* word diverse aangeleenthede geopper.

In die eerste plek bepaal artikel 19N dat alle mededelings wat in berading aan 'n gesins- en kinderberader of in bemiddeling aan 'n hofbemiddelaar of 'n gesins- en kinderbemiddelaar gemaak word ontoelaatbare getuienis in enige hof is. Die artikel skep dus 'n statutêre privilegie ten aansien van mededelings wat in berading of in bemiddeling gemaak word.¹⁰² Die privilegie is absoluut en daar kan glad nie daarvan afstand gedoen word nie, selfs al is die betrokke partye en die bemiddelaar of berader bereid om wel getuienis te lewer.¹⁰³ Hierdeur word een van die vernaamste eienskappe van bemiddeling, naamlik dat die bemiddelingsproses vertroulik is, onderskraag.¹⁰⁴

Verder bepaal artikel 19P dat die regulasies by die *Family Law Act* vereistes kan voorskryf waaraan gesins- en kinderbemiddelaars moet voldoen ten opsigte van die bemiddelingsdienste wat hulle lewer. Die regulasies by die *Family Law Act*, wat as die *Family Law Regulations* bekend staan, is dan ook saam met die inwerkintreding van die *Family Law Reform Act* op 11 Junie 1996 in werking gestel.¹⁰⁵

¹⁰² In hfst 4 par 3.2.5 word daarop gewys dat daar ongelukkig geen sodanige privilegie in SA bestaan nie.

¹⁰³ *Marriage of Marshall* (1983) 9 Fam LR 43; *Re Wakely and Hanns; Director of Court Counselling (Intervener)* (1993) 17 Fam LR 215; *Relationships Australia v Pasternak* (1996) 20 Fam LR 604; *Centacare Central Queensland and Downing v G and K; Attorney-General of the Commonwealth (Intervener)* (1998) 23 Fam LR 476.

¹⁰⁴ Sien hfst 4 par 3.2.5.

¹⁰⁵ Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 184; Dept vd PG Consultation on a Quality Framework for PDR 1.

Hierdie regulasies bevat duidelike riglyne oor wie as gesins- en kinderbemiddelaars kan optree en oor die stappe wat gesins- en kinderbemiddelaars moet oorweeg voordat bemiddelingssessies begin kan word.

Wat die kwalifikasies van gesins- en kinderbemiddelaars betref, bepaal regulasie 60(1) dat 'n gesins- en kinderbemiddelaar oor een van die volgende tersiêre kwalifikasies moet beskik:

- ... either a degree, diploma or other qualification by a university, college of advanced education or other tertiary institution of an equivalent standard, of either:
 - (a) three full-time years of law; or
 - (b) two or three full-time years of a social science; or
 - (c) one full-time year of mediation or dispute resolution.

Ingevolge regulasie 60(2) moet so 'n akademiese kwalifikasie verder deur die volgende spesifieke opleiding in bemiddeling opgevolg word:

- ... at least five days' mediation training, including at least one training course lasting a minimum of three days and supervised mediation of at least 10 hours in the 12 months immediately following completion of that training.

Hierbenewens maak regulasie 61 vir jaarlikse voortgesette opleiding van minstens twaalf uur in gesins- en kinderbemiddeling voorsiening. Alhoewel daar tog sekere tekortkominge in hierdie bepalings is,¹⁰⁶ blyk dit nietemin dat goeie standarde vir bemiddelingsdienste 'n ernstige oorweging in Australië is.

Ander aangeleenthede wat in die regulasies by die *Family Law Act* ter sprake kom,

¹⁰⁶ Sien par 2.4.3 hieronder.

handel oor die faktore wat bemiddelaars moet oorweeg voordat hulle met bemiddelingsverrigtinge in 'n spesifieke geval begin en oor die tipe inligting wat voor die aanvang van bemiddelingsverrigtinge aan partye verskaf moet word.¹⁰⁷ Ingevolge regulasie 62 word daar van bemiddelaars verwag

... to assess for appropriateness for mediation, considering family violence, the safety of the parties, the equality of bargaining power, the risk of child abuse, the emotional, psychological and physical health of the parties and any other matter the mediator considers relevant to the proposed mediation.

Regulasie 63 bepaal verder dat bemiddelaars voor die aanvang van bemiddelingsverrigtinge inligting aan partye moet verskaf oor die bemiddelingsproses as sodanig, oor die aantal sessies wat waarskynlik nodig gaan wees om die bemiddelingsproses te voltooi, oor die rol wat die bemiddelaar in die proses gaan speel, oor die voordele van bemiddeling en oor die gelde betaalbaar, indien enige.

'n Laaste aangeleentheid wat in hierdie onderafdeling van Deel III van die *Family Law Act* behandel word, is die adverteering van beradings-, bemiddelings- en arbitrasiedienste. Ingevolge artikel 19Q kan gesins- en kinderberaders, gesins- en kinderbemiddelaars, bemiddelingsorganisasies en arbiters die dienste wat hulle aanbied by die gesinshof adverteer.

2.3.2 Die *Federal Magistrates Act 1999*¹⁰⁸

Die *Federal Magistrates Act* het 'n federale landdroshof bekend as die *federal magistrates*

¹⁰⁷ Dept vd PG *Delivery of PDR Services* 19; Gee 1998 *Australian Dispute Resolution Journal* 183.

¹⁰⁸ Wet 193 van 1999.

court of federal magistrates service in die lewe geroep.¹⁰⁹ Die Wet het op 23 Desember 1999 in werking getree¹¹⁰ en die nuwe hof het in Julie 2000 begin om sake aan te hoor.¹¹¹ Die *federal magistrates service* is die eerste federale hof wat op laerhofvlak ingestel is. Dit is ingestel om 'n verskeidenheid minder ingewikkelde federale geskille, wat voorheen voor die gesinshof of ander federale howe gedien het, aan te hoor.¹¹² Volgens 'n onlangse nuusbrief van die departement van die prokureur-generaal funksioneer die *federal magistrates service* tans in al die groot stede in Australië en in die meeste plattelandse dorpe.¹¹³

Ingevolge artikel 10 van die *Federal Magistrates Act* het die *federal magistrates service* sodanige jurisdiksie as wat by ander wetgewing aan die hof verleen word. Sourdin¹¹⁴ wys in hierdie verband daarop dat

[t]he commencing jurisdiction of the Federal Magistrates Service includes family law and child support, administrative law, bankruptcy law and consumer protection law.

Die departement van die prokureur-generaal¹¹⁵ het onlangs berig dat die meeste van die *federal magistrates service* se werk oor familieregtelike kwessies soos egskeiding, die verblyf van kinders, onderhoud en eiendomsgeskille handel. Die hof se jurisdiksie om hierdie familieregtelike kwessies aan te hoor, word ontleen aan artikel 39(1A) van die *Family Law Act* wat bepaal dat

¹⁰⁹ A 8.

¹¹⁰ Nygh 2000 *Australian Journal of Family Law* 65.

¹¹¹ Dept vd PG *Family Law Reforms* 1.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 184.

¹¹⁵ *Family Law Reforms* 1.

[a] matrimonial cause (other than proceedings of a kind referred to in subparagraph (a)(ii)^[116] or paragraph (b)^[117] of the definition of *matrimonial cause* in subsection 4(1)) may be instituted under this Act in the Federal Magistrates Court.

Ingevolge artikels 45A en 69MA van die *Family Law Act* is die *federal magistrates service* egter verplig om bestrede kwessies oor onderskeidelik eiendom ter waarde van meer as \$300 000 en die verblyf van kinders (*residence*) na die gesinshof te verwys. In egskeidingsake^[118] en die meeste ander verwante kwessies het die *federal magistrates service* dus konkurrante jurisdiksie met die gesinshof.^[119] Verrigtinge kan egter nie in die *federal magistrates service* ingestel word as ander verwante verrigtinge in die gesinshof hangende is nie.^[120]

Deel IV van die *Federal Magistrates Act* is getiteld ‘*Primary dispute resolution*’. In hierdie deel word daar ‘n plig geplaas op die *federal magistrates service*^[121] en op regspraktisyne wat in hierdie howe optree,^[122] om mense te adviseer om primêre dispuutbeslegtingsmetodes te gebruik om hulle geskille op te los. Ingevolge artikel 21 sluit hierdie dispuutbeslegtingsmetodes die volgende in:

(a) counselling; and

^[116] Di aansoeke om die nietigverklaring van huwelike.

^[117] Di aansoeke om deklarasies oor die geldigheid van huwelike of ontbindings.

^[118] Insluitend bestrede egskeidingsake.

^[119] Nygh 2000 *Australian Journal of Family Law* 67.

^[120] A 19 van die *Federal Magistrates Act*. A 33A van die *Family Law Act* bevat ‘n soortgelyke bepaling wat die instel van verrigtinge in die gesinshof verbied as ander verwante kwessies in die *federal magistrates service* hangende is.

^[121] Aa 22, 23 en 25.

^[122] A 24.

- (b) mediation; and
- (c) arbitration; and
- (d) neutral evaluation; and
- (e) case appraisal; and
- (f) conciliation.

Die *federal magistrates service* het ook die bevoegdheid om verrigtinge in die hof te verdaag ten einde partye die geleentheid te gee om eers primêre dispuutbeslegtingsprosesse te deurloop.¹²³ Dit is dus duidelik dat die *federal magistrates service* ook die gebruikmaking van primêre dispuutbeslegtingsmetodes by egskeiding en ander verwante kwessies ten sterkste aanmoedig. Dit blyk verder uit 'n dokument wat die *federal magistrates service* op die internet gepubliseer het¹²⁴ dat hierdie hof veral van gemeenskapsgebaseerde organisasies gebruik maak om primêre dispuutbeslegtingsdienste, en meer spesifiek bemiddeling, aan die publiek te lewer.¹²⁵

Die *Federal Magistrates Act* maak verder daarvoor voorsiening dat meer informele en eenvoudiger prosesse en procedures in die *federal magistrates service* moet geld. In hierdie verband bepaal artikel 42 dat

[i]n proceedings before it, the Federal Magistrates Court must proceed without undue formality and must endeavour to ensure that the proceedings are not protracted.

Artikel 43(1) maak dan ook daarvoor voorsiening dat die *federal magistrates service* self sy eie reëls kan maak ten aansien van die praktyke en procedures wat in daardie hof gevvolg moet word. In gevalle waar daar nie eie reëls gemaak is nie, word die reëls wat

¹²³ A 23(2).

¹²⁴ *Submission to FLPAG 7.*

¹²⁵ Sien ook par 2.2.2 hierbo.

ingevolge die *Family Law Act* geld egter toegepas.¹²⁶

As gevolg van die feit dat die *federal magistrates service* op minder ingewikkelde sake konsentreer, asook die feit dat informele en vereenvoudigde prosesse in hierdie hof gevvolg word, is dit moontlik dat egskeidings en ander verwante kwessies baie vinniger en goedkoper¹²⁷ afgehandel kan word. Dit is dus nie vreemd nie dat regter Street in sy openingsrede by die Vyf-en-twintigste Herdenkingskonferensie van gesinshowe in Australië¹²⁸ meld dat

[t]he community has embraced this court quickly. In its first year of operation, more than 4 500 family law matters other than divorces ... had been filed with the Service. In addition, the Service is now dealing with the vast majority of divorce applications with more than 23 500 couples filing for divorce with the Service in its first 12 months.

Dit lyk dus of die *federal magistrates service* eintlik tot 'n tipe gesinshof op laerhofvlak ontwikkel het.¹²⁹

¹²⁶ A 43(2).

¹²⁷ Dept vd PG *Future Challenges for the Family Court 2* dui in hierdie verband aan dat koste vir litigante in die volgende opsigte gespaar sal word:

- [S]olicitors' expenses would be reduced;
- barristers are less likely to be briefed;
- reduced waiting times would lessen legal costs and costs incurred by litigants through lost time and wages; and
- access to magistrates in regional areas would reduce litigants' travel and associated expenses.

¹²⁸ Die kongres, getitled '*Family Law – past, present and future*', is op 26 Julie 2001 in Sydney geopen.

¹²⁹ In hfst 6 par 3.1 word aanbeveel dat die gesinshof wat in SA ingestel moet word ook 'n laer hof moet wees.

2.3.3 Die *Family Law Amendment Act 2000*¹³⁰

Die *Family Law Amendment Act* wat op 1 Maart 2001 in werking getree het,¹³¹ het onder andere sekere wysigings aangebring aan die arbitrasiebepalings van die *Family Law Act* soos ingevoer deur die *Family Law Reform Act*. Artikel 19D(2) van die *Family Law Act* wat aanvanklik bepaal het dat die hof met of sonder toestemming van die betrokke partye verrigtinge vir arbitrasie kon verwys, bepaal nou dat arbitrasieverrigtinge alleen met toestemming van al die betrokke partye aanhangig gemaak kan word.¹³² Partye kan dus nie teen hulle sin gedwing word om hulle geskille aan arbitrasie te onderwerp nie.

Dit blyk dat die *Family Law Amendment Act* noodsaaklik was omdat daar in die praktyk geen arbitrasieverrigtinge ingevolge die *Family Law Act* na wysiging daarvan deur die *Family Law Reform Act* plaasgevind het nie.¹³³ Die nuwe Wysigingswet kan dus as 'n poging gesien word om 'n meer werkbare skema vir die private arbitrasie van eiendoms- en onderhoudsaangeleenthede daar te stel. Getuienis oor die geslaagdheid van hierdie bepalings van die *Family Law Amendment Act* is egter nog nie beskikbaar nie.¹³⁴

2.4 Probleme met die huidige stelsel in Australië

2.4.1 Ongekoördineerde en gefragmenteerde familieregssisteem

Soos uit die bogaande bespreking blyk, bestaan daar tans 'n oorvloed van gesins-

¹³⁰ Wet 143 van 2000.

¹³¹ Dept vd PG *Arbitration now a reality* 1.

¹³² A 13 van die *Family Law Amendment Act*.

¹³³ Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 61 vn 7.

¹³⁴ Sien hierteenoor hfst 4 par 2.4 waar aangedui word dat arbitrasieverrigtinge tans ongelukkig nie 'n toelaatbare opsie by egskeiding en ander gesinsgeskille in SA is nie.

dispuutbeslegtingsdienste in die Australiese familieregstsysteem. Maatskaplike werkers, gemeenskapswerkers, professionele bemiddelaars, arbiters,regspraktisyns, hofberaders en ander amptenare van die *federal magistrates service* en die gesinshof maak almal deel van die sisteem uit.¹³⁵ Die probleem is egter dat baie van hierdie dispuutbeslegters hulle self nie as deel van 'n sisteem beskou nie. Hulle skakel gevvolglik nie effektief met ander dele van die sisteem nie en daar is glad nie sprake van behoorlike samewerking tussen die verskillende dele van die Australiese familieregstsysteem nie.¹³⁶ In hierdie oopsig bestaan daar dus gapings in die sisteem waarna regter Street¹³⁷ verwys as

... cracks through which participants can fall, particularly the vulnerable, most particularly children.

Hierdie gapings in die familieregstsysteem veroorsaak verder dat persone wat by gesinsdispute betrokke raak gewoonlik nie weet by watter een van die menigte gesinsdispuutbeslegtingsdienste hulle eerste om hulp moet aanklop nie. Daar word gevvolglik tereg opgemerk dat

[t]here are clearly 'gaps' in both service provision and information available on the maze of pathways which can be taken;¹³⁸

en

¹³⁵ In hfst 4 par 4.2 word aangedui dat bemiddeling in SA tans ook in verskillende sektore aangebied word.

¹³⁶ Street *Family Law – past, present and future* 6; *FLPAG Report* 11 (sien par 2.5 hieronder).

¹³⁷ *Family Law – past, present and future* 6.

¹³⁸ Federal Magistrates Service *Submission to FLPAG* 4 soos op die internet gepubliseer.

[f]or many people the system is more like a maze than a coordinated and supportive network of services.¹³⁹

Dit blyk dus dat die Australiese familieregssisteem op 'n gefragmenteerde, onbeplande en ongekoördineerde wyse gegroeи het tot die sisteem wat dit vandag is en ook dat hierdie feit op die oomblik die ontwikkeling van 'n behoorlik geïntegreerde sisteem verhinder.¹⁴⁰

As gevolg van die verwarring oor die baie gesinsdispuutbeslegtingsdienste in Australië en die gebrek aan voldoende inligting oor hierdie dienste, veral onder Australiese burgers wat uit nie-Engelssprekende agtergronde afkomstig is,¹⁴¹ vind daar verder nog heeltemal te veel onnodige egskeidingslitigasie en te min alternatiewe dispuutbeslegting in Australië plaas.¹⁴² Alhoewel berading en bemiddeling besig is om stelselmatig veld te wen,¹⁴³ vind daar nog bittermin arbitrasies plaas om eiendoms- en onderhoudsgeskille by egskeiding op te los.¹⁴⁴ Te veel geskille by egskeiding word dus steeds ten duurste¹⁴⁵ in die adversatiewe omgewing van die gesinshof en die effens minder adversatiewe omgewing van die *federal magistrates service* besleg.¹⁴⁶

¹³⁹ *FLPAG Report 13* (sien par 2.5 hieronder).

¹⁴⁰ Dewar 2001 *Australian Journal of Family Law* 176.

¹⁴¹ Dimopoulos *Fairness and Justice in ADR* 2, 7.

¹⁴² Street *Family Law – past, present and future* 6; *FLPAG Report 20* (sien par 2.5 hieronder). In par 3.3.4 hieronder word aangetoon dat daar in Nieu-Seeland ook nog te veel litigasie en te min alternatiewe dispuutbeslegting plaasvind.

¹⁴³ Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 67; Sourdin 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 184.

¹⁴⁴ Sien par 2.3.1.5 hierbo.

¹⁴⁵ Vir sowel die partye as die hofadministrasie.

¹⁴⁶ Street *Family Law – past, present and future* 7.

2.4.2 Te min fokus op die belang van kinders

'n Ander probleem met die huidige sisteem in Australië is dat daar nog nie genoeg fokus op die beste belang van kinders is nie.¹⁴⁷ Dit geld veral by primêre dispootbeslegtingsprosedures waarby kinders oor die algemeen nog glad nie betrek word nie.¹⁴⁸ By hierdie prosedures rus daar verder 'n groot verantwoordelikheid op die skouers van die bemiddelaar om aan die een kant die partye toe te laat om hulle eie besluite te neem en aan die ander kant seker te maak dat die besluite binne die aanvaarbare norme en standaarde van die geldende reg aangaande kinders val.¹⁴⁹ Hierdie verantwoordelikheid voorveronderstel uiteraard 'n grondige kennis van die geldende reg aangaande kinders – en dit sluit aan by die volgende probleem in Australië, naamlik die opleiding van bemiddelaars.

2.4.3 Probleme rondom die opleiding van bemiddelaars

Bemiddelaars het nie alleen 'n grondige kennis van die geldende reg aangaande kinders nodig nie. Hulle moet ook behoorlik opgelei wees in andere dele van die reg soos familiereg, kontraktereg, belastingreg, sakereg, maatskappyereg, trustreg, erfreg en versekeringsreg.¹⁵⁰ Verder moet bemiddelaars bekend wees met sekere belangrike aspekte van kulturele sosiologie ten einde 'n suksesvolle en neutrale oorgang van die waardesisteem van een kultuurgroep na die waardesisteem van 'n ander kultuurgroep te

¹⁴⁷ Street *Family Law – past, present and future* 7; FLPAG Report 22 (sien par 2.5 hieronder).

¹⁴⁸ Street *Family Law – past, present and future* 7. In par 3.3.2 hieronder word gesê dat die gebrek aan die betrokkenheid van kinders by gesinshofverrigtinge ook in Nieu-Seeland gekritiseer word.

¹⁴⁹ Sien ook hfst 4 par 3.2.4.

¹⁵⁰ Sien hfst 4 par 3.2.1.

maak.¹⁵¹ Hierbenewens moet bemiddelaars in die breë in die sosiale en gedragswetenskappe geskool wees¹⁵² en ook spesifieke opleiding in bemiddeling en ander alternatiewe dispuutbeslegtingsmetodes hê.¹⁵³ Alhoewel regulasie 60 van die *Family Law Regulations* duidelike voorskrifte in hierdie verband bevat,¹⁵⁴ is dit baie moeilik om te verseker dat hierdie voorskrifte in die praktyk nagekom word, veral vir sover dit private bemiddelaars en bemiddelaars in gemeenskapsgebaseerde organisasies betref.¹⁵⁵ Daar bestaan ook nog nie 'n oorkoepelende statutêre liggaam in Australië waarby alle bemiddelaars geakkrediteer kan word en wat bemiddelingspraktyke oorhoofs kan reguleer nie.

Daar is ook nog geen gestandaardiseerde of eenvormige opleidingsprogram vir bemiddelaars in Australië nie. Opleiding in bemiddeling word byvoorbeeld aangebied in 'n verskeidenheid van programme deur organisasies soos *LEADR* en *Mediate Today*¹⁵⁶ en as deel van voor- en nagraadse kursusse by verskeie universiteite.¹⁵⁷ Daar bestaan dus nog nie 'n gespesialiseerde bemiddelaarsprofessie in Australië nie, en soos King¹⁵⁸ aandui, verseker die bepalings van regulasie 60 van die *Family Law Regulations* ongelukkig nie dat alle bemiddelaars noodwendig 'n grondige opleiding kry nie. Sy wys byvoorbeeld op die volgende:

¹⁵¹ Sien hfst 4 par 3.6.3 asook par 2.4.5 hieronder.

¹⁵² Sien hfst 4 par 3.2.1.

¹⁵³ Sien par 2.3.1.6 hierbo asook hfst 4 par 3.2.2.

¹⁵⁴ Sien par 2.3.1.6 hierbo.

¹⁵⁵ Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 186.

¹⁵⁶ Sien par 2.2.1 hierbo.

¹⁵⁷ King 1999 *Australasian Dispute Resolution Journal* 70, 72.

¹⁵⁸ 1999 *Australasian Dispute Resolution Journal* 69-70.

A degree in law may not have included studies in family law or alternative dispute resolution as these are normally elective subjects. Other legal studies may not be relevant to mediation or may have provided well-established adversarial skills not suitable for mediation. Studies in law generally do not require studies in behavioural sciences which means that most people with these qualifications have a totally different background and perception to those with qualifications in the social sciences unless there has been cross-training. Training in the identification and difficulties of child abuse and domestic violence is also lacking.

Die beskikbare opleidingsprogramme gee nie altyd genoegsame aandag aan transkulturele opleiding nie, maar koncentreer dikwels net op Westerse sienswyses.¹⁵⁹ So 'n benadering is uit die aard van die saak nie aangewese in 'n multikulturele gemeenskap soos dié van Australië nie.¹⁶⁰

2.4.4 Onvoldoende beskerming teen gesinsgeweld

Nog 'n probleem met die huidige stelsel in Australië is dat die familieregstsysteem nie voldoende beskerming teen gesinsgeweld aan gesinslede bied nie.¹⁶¹ Kommer word byvoorbeeld uitgespreek oor

... the lack of understanding of violence issues among professionals, the limited appreciation of the effect on children of witnessing domestic violence, inappropriate mediation processes and unsafe contact orders.¹⁶²

¹⁵⁹ Doyle 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 44.

¹⁶⁰ Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 184; Doyle 2001 *Australasian Dispute Resolution Journal* 44. In hfst 6 par 5.2.3 word benadruk dat SA veral teen so 'n benadering moet waak.

¹⁶¹ Dewar 2001 *Australian Journal of Family Law* 176.

¹⁶² *FLPAG Report* 31 (sien par 2.5 hieronder).

2.4.5 Kulturele kwessies

Hierbo waar probleme rondom die opleiding van bemiddelaars bespreek word,¹⁶³ word gemeld dat opleidingsprogramme in Australië nie altyd genoegsame aandag aan transkulturele opleiding gee nie. Aangesien die meeste van hierdie opleidingsprogramme net op Westerse sienswyses konsentreer, is baie van die egskeidings- en gesinsbemiddelingsmodelle in Australië derhalwe onvanpas vir mense uit inheemse en Asiatiese gemeenskappe.¹⁶⁴

Dimopoulos¹⁶⁵ maak verder die volgende opmerking:

... PDR services have generally been disproportionately underutilised by members of NESB [Non English Speaking Background] communities. While the reasons for this are complex, some that appear to be apparent include:

- (a) Lack of support networks, particularly for refugee women and women entering under the family reunion program.
- (b) Lack of certainty about residential status for some.
- (c) Limited number of bilingual/bicultural family mediators available...
- (d) Reluctance of some NESB communities to seek assistance “outside” their particular communities.
- (e) Lack of awareness of the services available. Mediation services may not have provided enough information and education about the service and may

¹⁶³ Sien par 2.4.3 hierbo.

¹⁶⁴ Dimopoulos *Issues of Fairness and Justice in ADR* 2, 9; Bagshaw 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 184.

¹⁶⁵ *Issues of Fairness and Justice in ADR* 2.

not have “targeted” specific groups appropriately.¹⁶⁶

2.5 Soeke na moontlike oplossings vir die huidige probleme in Australië

Aangesien die Australiese regering deeglik van die pasvermelde probleme in die familieregstelsel bewus is, is daar in Mei 2000 ‘n spesiale taakmag, bekend as die *Family Law Pathways Advisory Group* (hierna afgekort tot ‘FLPAG’), in die lewe geroep met die spesifieke opdrag om die moontlike weë waارlangs die familieregstelsel verbeter kan word indringend te ondersoek en aanbevelings aan die regering te maak.¹⁶⁷ Die FLPAG wat uit lede van die gemeenskap, regeringsverteenwoordigers, bemandelaars, beraders, arbiters, familiepraktisyens en -akademici bestaan,¹⁶⁸ het wyd in Australië gekonsulteer en in Julie 2001 hulle finale verslag (hierna die ‘*FLPAG Report*’ genoem) aan die regering voorgelê.¹⁶⁹

In die *FLPAG Report*¹⁷⁰ word aanbeveel dat enige verandering aan die huidige stelsel die volgende moet doen:

- [I]ncrease the focus on children;
- create opportunities and pathway choices for family decision making;
- improve the consistency and availability of information;
- improve coordination nationally and regionally;

¹⁶⁶ Hieronder in par 3.3.3 word aangetoon dat soortgelyke kulturele kwessies in Nieu-Seeland ter sprake kom. Soortgelyke kwessies kom ook in SA voor. Die kwessies hier ter plaatse word egter aansienlik deur die erfenis van apartheid vererger. Sien hfst 4 par 4.1 en hfst 6 par 2.4 in hierdie verband.

¹⁶⁷ Dept vd PG *Family Law Reforms* 2; *FLPAG Report* 1.

¹⁶⁸ *FLPAG Report* 2.

¹⁶⁹ Dewar 2001 *Australian Journal of Family Law* 176.

¹⁷⁰ 52-53.

- promote safety;
- support fairness in the process; and
- meet family needs as they change.

Die *FLPAG* het verder aanbeveel dat alle verskaffers van gesinsdispuutbeslegtingsdienste op hulle beurt weer die volgende moet doen:¹⁷¹

- [U]nderstand and accept that they are gatekeepers to the larger system;
- have a responsibility to think of the long-term effects on the family as a whole and on its members;
- have a responsibility to provide options for families which are suitable to their situation and take account of other elements of the system;
- provide consistent system-wide information and referral; and
- provide specialised service where appropriate.

Hierbenewens het die *FLPAG* aanbeveel dat daar gemeenskapsopvoeding moet plaasvind en inligting aan die publiek beskikbaar gestel moet word sodat ouers wat met die familieregstelsel te doen kry, sal weet dat:¹⁷²

- [C]hildren's interests are paramount – their safety is first and foremost;
- children's needs will change over time – parents need to be flexible;
- all families experience difficulties at some stage and from time to time;
- help-seeking is normal behaviour;
- early assistance may prevent exacerbation of the issues in dispute;
- information about all the parts of the system is readily accessible;
- help is available from a wide range of service providers;
- each service provider will provide options about how to proceed;

¹⁷¹ *FLPAG Report* 54-55.

¹⁷² *FLPAG Report* 58.

- they are able to decide on the best option, with help from a service provider, and will be linked with the most appropriate provider and service type; and
- the courts will be involved where necessary, in particular where there is family violence, child abuse or abduction, or where attempts at resolution through non-adversarial processes have been unsuccessful.

In 'n bestel met hierdie karakter moet die verskaffing van gesinsdispuutbeslegtingsdienste verder so buigsaam en goedkoop as moontlik en met die minste moontlike inbreuk op selfbeskikking geskied. Alle partye moet met respekte en sonder enige geslags- of kulturele vooroordeel behandel word.¹⁷³ Doyle maak verder die volgende twee baie belangrike stellings hieroor:

... the law must recognise diversity while maintaining a unitary legal system.¹⁷⁴

All Australians must accept the basic structures and principles of society and have a paramount commitment to Australia... If programs are to be developed to allow cultural groups the flexibility to resolve family disputes in a manner compatible with their own cultural and religious expectations, they must meet standards of fairness and reasonableness.¹⁷⁵

Daar kan dus nie sonder meer onbeperkte erkenning aan kulturele en godsdienstige diversiteit verleen word nie en sekere basiese reëls van regverdigheid en redelikheid moet altyd nagekom word.¹⁷⁶

¹⁷³ *FLPAG Report 60-61.*

¹⁷⁴ 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 44.

¹⁷⁵ 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 51.

¹⁷⁶ Hierdie gevolgtrekking is natuurlik van groot belang vir SA vir sover dit die erkenning van kulturele en godsdienstige diversiteit hier te lande betref. Sien verder hieroor hfst 6 parr 5.2.3 en 5.4.

Die vyf vernaamste eienskappe van 'n hervormde en verbeterde familieregstelsel is volgens die *FLPAG* opvoeding (*education*), inligting (*information*), beoordeling en verwysing (*assessment and referral*), diens- of intervensie-opsies (*service options*) en voortgesette ondersteuning (*ongoing support*).

Daar moet in die eerste plek behoorlike opvoeding en opleiding op gemeenskaps- en professionele vlak wees.¹⁷⁷ Die *FLPAG* het voorgestel dat die publiek meer omtrent die familieregstelsel behoort te weet sodat hulle akkurate verwagtinge oor hulle regte en verantwoordelikhede kan koester en verder kan verstaan hoe die beste belang van kinders bevorder en gerespekteer kan word.¹⁷⁸ Na aanleiding van die feit dat mense in nie-Engelssprekende gemeenskappe 'n agterstand het wat toegang tot die familieregstelsel betref,¹⁷⁹ sal daar dus veral aan hierdie deel van die Australiese bevolking aandag bestee moet word.¹⁸⁰ Wat professionele opleiding betref, het die *FLPAG* 'n breër en 'n meer multidissiplinêre benadering tot die opleiding en professionele ontwikkeling van alle diensverskaffers in die familieregstelsel sterk beklemtoon.¹⁸¹ Daar sal egter in hierdie verband besondere aandag aan transkulturele opleiding geskenk moet word.¹⁸²

In die tweede plek moet daar tydige, akkurate en bruikbare inligting verskaf word aan mense wat vir die eerste keer die familieregstelsel betree.¹⁸³ Op hierdie aanbeveling van

¹⁷⁷ *FLPAG Report* 62-66.

¹⁷⁸ Street *Family Law – past, present and future* 8.

¹⁷⁹ Sien par 2.4.5 hierbo.

¹⁸⁰ Young 1998 *Australian Dispute Resolution Journal* 53.

¹⁸¹ Dewar 2001 *Australian Journal of Family Law* 176. Sien ook hfst 4 par 3.2.2.

¹⁸² Young 1998 *Australian Dispute Resolution Journal* 53; Dimopoulos *Issues of Fairness and Justice in ADR* 12.

¹⁸³ *FLPAG Report* 66-69. In par 3.4 hieronder word aangetoon dat die beskikbaarstelling aan die publiek van inligting oor al die verskillende prosesse

die *FLPAG* het die Australiese regering reeds gereageer en in Junie 2001 *Australian Law Online* van stapel gestuur. Volgens regter Street¹⁸⁴ is *Australian Law Online*

... a new website and free national telephone hotline that will make it easier for Australians to solve their legal problems by providing a gateway to legal information and assistance.

Derdens moet daar 'n sisteemwye beoordelingsprosedure ontwikkel word wat by al die moontlike toegangspunte tot die familieregstelsel gebruik moet word om telkens te bepaal watter diens die gesikste vir 'n familieregsdispuut sal wees.¹⁸⁵ Volgens die *FLPAG* sal sodanige behoorlike beoordeling gepaste verwysings tot gevolg hê wat verder sal verseker dat persone wat die familieregstelsel betree die gesikste handelswyse volg.¹⁸⁶

Daar moet vierdens 'n wye verskeidenheid diens- of intervensie-opsies beskikbaar wees waaruit mense wat die familieregstelsel betree die gesikste handelswyse kan kies.¹⁸⁷ Alternatiewe dispuutbeslegtingsmetodes moet die norm wees en litigasie moet slegs as 'n laaste uitweg gebruik word. Dit is interessant om daarop te let dat die *FLPAG* in hierdie verband aanbeveel het dat finansiële aanmoediging waarskynlik nodig sal wees om mense

en dienste van die gesinshof ook in Nieu-Seeland as 'n oplossing vir die huidige probleme in die familieregstelsel beskou word.

¹⁸⁴ *Family Law - past, present and future* 8.

¹⁸⁵ *FLPAG Report* 70-72. 'n Soortgelyke prosedure, naamlik 'n inname-prosedure, word ook in Nieu-Seeland voorgehou as 'n moontlike oplossing om die familieregsisteem meer doeltreffend te laat funksioneer. Sien par 3.4 hieronder in hierdie verband. In hfst 6 parr 5.1 en 5.3 word betoog dat die kantoor van die gesinsadvokaat hierdie beoordelings- en verwysingsfunksie in SA moet vervul.

¹⁸⁶ Dewar 2001 *Australian Journal of Family Law* 177; Street *Family Law – past, present and future* 8.

¹⁸⁷ *FLPAG Report* 72-73.

sover te kry om van alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes gebruik te maak.¹⁸⁸

In die vyfde plek moet daar ná egskeiding voortgesette ondersteuning vir gesinne wees.¹⁸⁹ Volgens die *FLPAG* sluit hierdie eienskap in dat hofbevele doeltreffend afgedwing moet kan word en dat nuwe en innoverende dienste ontwikkel moet word wat ontwerp is om gesinne te help om aan te pas by die veranderinge wat deur egskeiding teweeg gebring is.

Die *FLPAG* het verder drie weë geïdentifiseer waarlangs gesinsdispute deur die gebruikmaking van die verskeidenheid van dienste besleg kan word, te wete die selfhelpweg (*self-help pathway*), die ondersteunde weg (*supported pathway*) en litigasie.¹⁹⁰

Dewar¹⁹¹ som die vernaamste aspekte van die verskillende weë soos volg op:

- The self-help pathway, which is for those parents who are able to settle their own affairs but who need basic advice on how to do so, and assistance with formalising them.[¹⁹²]
- The supported pathway, which is for those (likely to be the majority) who are unable to reach agreement on their own, but who could do so with some assistance from appropriately targeted support services.
- The litigation pathway, for those who need urgent protection (especially

¹⁸⁸ *FLPAG Report* 73. In hfst 6 par 3.2.1 word egter aanbeveel dat egskeidingsbemiddeling in SA doodeenvoudig verpligtend moet wees. In ‘n verpligte bemiddelingsmodel sal sodanige finansiële aanmoediging dus onnodig wees en sal litigasie noodwendig as ‘n laaste uitweg gebruik word.

¹⁸⁹ *FLPAG Report* 74.

¹⁹⁰ *FLPAG Report* 76-79.

¹⁹¹ 2001 *Australian Journal of Family Law* 177.

¹⁹² In hfst 4 par 2.4 word egter aangevoer dat partye by egskeiding amper deur die bank wel iemand soos ‘n bemiddelaar nodig het om onderhandeling tussen die partye moontlik te maak. Die *self-help pathway* behoort dus slegs vir ‘n baie klein deel van die Australiese bevolking beskore te wees.

victims of violence) and those who are unable to resolve their disputes by other means.

Die *FLPAG* het ten slotte sekere aanbevelings oor die implementering van 'n hervormde en verbeterde familieregstelsel gemaak.¹⁹³ Dit sluit onder ander in dat behoorlike navorsing gedoen moet word om te bepaal hoe die stelsel as geheel bestuur en gemonitor kan word, dat alle wetgewing wat die familieregstelsel daarstel as geheel hersien moet word om interne teenstrydighede uit die weg te ruim en dat 'n interdepartementele regeringstaakmag in die lewe geroep moet word om die aanbevelings in die *FLPAG Report* te implementeer. Die implementering van 'n hervormde en verbeterde familieregstelsel verg egter, soos Dewar dit stel,¹⁹⁴ "... money and goodwill – money from government, and goodwill, in the shape of a commitment to playing a constructive role in the system, by all participants in it".

Vier jaar voor die *FLPAG Report* gepubliseer is, het Bagshaw¹⁹⁵ reeds gemeld dat die Australiese regering weens die huidige tendens ten gunste van veral egskeidingsbemiddeling en ook ander alternatiewe dispuitbeslegtingsmetodes inderdaad in 'n sterk posisie verkeer om die kwaliteit en effektiwiteit van dienste aan gesinne te verbeter deur die volgende:

- [P]rovision of adequate funding for a range of services to families based on client need, both in the Family Court and in the community;
- provision of increased resources for the necessary re-education of the Australian community and the relevant legal and social science professions;
- appropriate exercise of accountability and quality control in all aspects of service delivery to families, taking into account the diversity of Australian

¹⁹³ *FLPAG Report* 81-84.

¹⁹⁴ 2001 *Australian Journal of Family Law* 178.

¹⁹⁵ 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 186-187.

society;

- insistence on the appointment of appropriately trained and qualified staff in providing family mediation services;
- provision of in-service training, supervision and ongoing professional development for staff in government-funded organisations;
- promotion of consumer choice of dispute resolution process as a fundamental right of citizenship; and
- fostering norms appropriate to specialist areas of dispute resolution, especially if legislatively mandated or regulated.

Bagshaw sê ook verder die volgende:¹⁹⁶

In the current political climate the development of family mediation and family mediation standards by government should be scrutinised in the context of the current economic rationalist agenda of deregulation and cost-cutting, which can dictate the choices of model or approach to dealing with conflict. This implies the need for a national body to develop and monitor standards for mediators and other dispute resolvers. I therefore believe that the various State ADR associations should now be giving high priority to the formation of a national dispute resolution body to take us into the 21st century.

Dit blyk dus dat verdere hervorming van die familiebestelsel in Australië 'n gewisse gebeurtenis op die pad vorentoe is.

3 Egskeidingsbemiddeling in Nieu-Seeland

3.1 Agtergrond

¹⁹⁶ 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 187.

3.1.1 Die ‘ou’ egskeidingsreg

Voor die inwerkingtreding van die *Family Courts Act 1980*¹⁹⁷ en die *Family Proceedings Act 1980*¹⁹⁸ het die skuldbeginsel, ingevolge die destydse *Matrimonial Proceedings Act 1963*¹⁹⁹ en *Domestic Proceedings Act 1968*,²⁰⁰ ook in Nieu-Seeland ‘n belangrike rol by die verlening van egskeiding en by die gevolge daarvan gespeel.²⁰¹ Ingevolge hierdie beginsel was dit byvoorbeeld noodsaaklik vir gades “... to be subjected to the humiliation of hearing the lurid details of their spouse’s adultery before they could obtain a divorce, the details of which would then be published in *Truth*”.²⁰² Slegs die Hooggereghof kon egskeidings aanhoor en die egskeidingsproses was gevollerig adversatief, formalisties en baie duur.²⁰³

‘n Interessante kenmerk van die ou *Domestic Proceedings Act* was egter dat dit die konsep van konsiliarie ingevoer het ten aansien van sekere familieregtelike kwessies wat in die landdroshof ingestel kon word.²⁰⁴ Die Wet het naamlik ‘n plig op regspraktisyne geplaas om rekonsiliarie tussen gades te bevorder en die landdroshof het verder ‘n diskresie gehad om

¹⁹⁷ Wet 161 van 1980.

¹⁹⁸ Wet 94 van 1980.

¹⁹⁹ Wet 7 van 1963. (In hierdie wet is egskeiding gereël.)

²⁰⁰ Wet 62 van 1968. (In hierdie wet is geregtelike skeiding en ander aspekte soos aanneming en vaderskapsbevele gereël.)

²⁰¹ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 87.

²⁰² New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 1. Owerspel, asook kwaadwillige verlating en permanente geestesongesteldheid was die uitdruklike egskeidingsgronde.

²⁰³ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 1, 87.

²⁰⁴ NI kwessies mbt geregtelike skeiding (di die tydelike opheffing van sommige van die gades se huweliksverpligte, veral die plig tot samewoning), die onderhoud van gades en kinders ná geregtelike skeiding, die onderhoud van buite-egtelike kinders, aanneming en vaderskapsbevele.

partye vir rekonsiliasie na 'n hof- of private berader te verwys.²⁰⁵ Sodanige reëlings het egter nie in die Hooggereghof by egskeiding gegeld nie.

3.1.2 Die 'nuwe' egskeidingsreg

In die vroeë tagtigerjare is die Nieu-Seelandse egskeidingsreg ingrypend gewysig. Die Nieu-Seelandse gesinshof is in die lewe geroep,²⁰⁶ die bestaande skuldgebaseerde egskeidingsgronde is deur een skuldlose egskeidingsgrond vervang en die 'beste belang van die kind'-maatstaf is ingevoer.²⁰⁷

3.1.2.1 Die Nieu-Seelandse gesinshof

Die Nieu-Seelandse gesinshof is op 1 Oktober 1981 deur die *Family Courts Act 1980* as 'n laer hof met sy eie spesialisregters in die lewe geroep.²⁰⁸ Die hoofdoel van die gesinshof was volgens die *Report of the Royal Commission on the Courts 1978* die daarstelling van 'n gesikte forum vir die beslewing van gesinsdispute. Die volgende blyk verder uit hierdie verslag:

The Family Court concept demands that the Family Court should be essentially a conciliation service with court appearances as a last resort, rather than a court with a conciliation service. The emphasis is thus placed

²⁰⁵ Aa 13 en 15 van die *Domestic Proceedings Act*. Daar word melding gemaak van "... a Court appointed conciliator or a conciliator approved by an approved marriage guidance organisation ...".

²⁰⁶ Sien par 3.1.2.1 hieronder.

²⁰⁷ Sien par 3.1.2.2 hieronder.

²⁰⁸ *1997-Hoexterverslag Vol I Deel 2* par 6.2.3; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 9, 88. In hfst 6 par 3.1 word aanbeveel dat die gesinshof wat in SA ingestel moet word ook soos die Nieu-Seelandse gesinshof op laerhofvlak moet funksioneer.

on mediation rather than adjudication. In this way, the disputing parties are encouraged to play a large part in resolving their differences under the guidance of trained staff rather than resorting to the wounding experience of litigation, unless such a course is inevitable.²⁰⁹

Butterworths Family Law Service²¹⁰ wys egter daarop dat die *Family Courts Act* "... contains no commitment to the Commission's idea of a well staffed counselling service as part of the Court structure itself". Artikel 8(1) van die *Family Courts Act* bepaal bloot dat

[t]here shall from time to time be appointed under the State Services Act 1962, as an officer of the Department of Justice, a person whose principal responsibility shall be to perform such duties as the Secretary for Justice may direct to facilitate the proper functioning of the Family Courts and of counselling and related services.²¹¹

Die feit dat die Nieu-Seelandse gesinshof op laerhofvlak ingestel is en derhalwe goedkoper as die Hooggeregshof is en ook in kleiner provinsiale dorpe gesetel is, hou noodwendig in dat hierdie hof baie meer toeganklik is vir mense wat by egskeiding of ander familieregtelike kwessies betrokke raak. Die Nieu-Seelandse gesinshof is ook 'n informele en meer inkwisioriese hof –

... wigs and gowns have never been used and the surroundings are more

²⁰⁹ Sien par 484 van die *Report of the Royal Commission on the Courts 1978* soos aangehaal in New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution 88*.

²¹⁰ *Family Law in New Zealand* soos aangehaal in die *1997-Hoexterverslag Vol I Deel 2* par 6.2.5.

²¹¹ In par 3.2.1 hieronder word aangetoon dat hierdie beampte vandag as die gesinshofkoördineerder bekend staan.

informal than in the courts that previously dealt with family matters,²¹²

en

[c]urrent family legislation contains inquisitorial aspects; the judge may receive such evidence as he or she sees fit, regardless of whether it would be otherwise admissible in a court of law.²¹³

Adams en andere²¹⁴ maak melding daarvan dat hierdie informele en gemoedeliker styl van die gesinshof

... permits the parties to be less anxious and provides an environment less destructive of conciliation than would be the case with traditional Court procedure.

Ingevolge artikel 11 van die *Family Courts Act* het die gesinshof sodanige jurisdiksie as wat deur wetgewing aan die hof verleen word. Die gesinshof het aanvanklik jurisdiksie gehad ten aansien van egskeiding en die onderhoud van gades en kinders by egskeiding,²¹⁵ aansoeke om die voogdy oor, bewaring van en toegang tot kinders,²¹⁶ kwessies oor huweliksbrates en die verdeling daarvan by egskeiding,²¹⁷ die ontbinding van huwelike op grond van sekere formele gebreke,²¹⁸

²¹² New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 89.

²¹³ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 11.

²¹⁴ *Family Law Service* par 2.9.

²¹⁵ Ig die *Family Proceedings Act 1980* (Wet 94 van 1980).

²¹⁶ Ig die *Guardianship Act 1968* (Wet 63 van 1968).

²¹⁷ Ig die *Matrimonial Property Act 1976* (Wet 166 van 1976).

²¹⁸ Ig die *Marriage Act 1955* (Wet 92 van 1955).

aannemingsaangeleenthede,²¹⁹ eiendomsdispute voortspruitend uit troubeloftes²²⁰ en aansoeke om bydraes tot huishoudelike koste deur enkelouers.²²¹ Sedert die jare tagtig is die gesinshof se jurisdiksie egter aansienlik uitgebrei en vandag het die gesinshof ook jurisdiksie ten aansien van gesinsgeweld,²²² kindermishandeling en -verwaarlozing,²²³ aansoeke om internasionale kinderontvoering ingevolge die Haagse Konvensie,²²⁴ voogdy en kuratele,²²⁵ geestesgesondheid,²²⁶ testamentêre aangeleenthede²²⁷ en eiendomsdispute voortspruitend uit saamhlyverhoudings.²²⁸ Die Nieu-Seelandse gesinshof is dus 'n hof met omvattende jurisdiksie in alle familieregtelike kwessies.

3.1.2.2 Skuldlose egskeiding en die 'beste belang van die kind'-maatstaf

Die oprigting van die Nieu-Seelandse gesinshof het gepaardgegaan met die aanneming van nuwe wetgewing betreffende egskeiding. Die *Family Proceedings Act 1980* wat ook op 1 Oktober 1981 in werking getree het, het die skuldbeginsel by die verlening van egskeiding afgeskaf en die onherstelbare verbrokkeling van die

²¹⁹ Ig die *Adoption Act 1955* (Wet 93 van 1955).

²²⁰ Ig die *Domestic Actions Act 1975* (Wet 53 van 1975).

²²¹ Ig die *Social Security Act 1964* (Wet 136 van 1964).

²²² Ig die *Domestic Violence Act 1995* (Wet 86 van 1995).

²²³ Ig die *Children, Young Persons, and Their Families Act 1989* (Wet 24 van 1989).

²²⁴ Ig die *Guardianship Amendment Act 1991* (Wet 19 van 1991).

²²⁵ Ig die *Protection of Personal Rights and Property Act 1988* (Wet 4 van 1988).

²²⁶ Ig die *Mental Health (Compulsory Assessment and Treatment) Act 1992* (Wet 46 van 1992).

²²⁷ Ig die *Law Reform (Testamentary Promises) Act 1949* (Wet 33 van 1949).

²²⁸ Ig die *Property (Relationships) Act 1976* (Wet 2 van 1976).

huwelik as enigste grond vir egskeiding ingevoer.²²⁹ Hierdie egskeidingsgrond moet ingevolge die Wet deur afsonderlike verblyf vir 'n periode van minstens twee jaar bewys word.²³⁰ Ingevolge artikel 45 van die *Family Proceedings Act* kan 'n egskeiding verder nie verleen word indien die hof nie tevrede is dat die reëlings wat vir die bewaring, onderhoud en ander aspekte van die welsyn van elke kind wat uit die huwelik gebore is die beste is wat in die omstandighede bewerkstellig kan word nie. Op hierdie wyse is die 'beste belang van die kind'-maatstaf in die egskeidingsreg ingevoer en speel die skuldbeginsel nie langer 'n rol by die gevolge van egskeiding ten aansien van kinders nie.²³¹ Vir sover dit die finansiële gevolge van egskeiding betref, mag die Howe egter steeds let op die wangedrag van 'n party wat om onderhoud aansoek doen indien die wangedrag van so 'n aard is "... that it would be repugnant to justice to require the other party to pay maintenance".²³² Die *Matrimonial Property Act 1976* bepaal verder dat slegs wangedrag van 'n gade "... which has been gross and palpable and has significantly affected the extent or value of the matrimonial property..." 'n rol by die verdeling van huweliksbates kan speel.²³³ Alhoewel ernstige wangedrag vandag dus steeds by die finansiële gevolge van egskeiding van belang kan wees, speel die skuldbeginsel 'n veel minder prominente rol as wat dit ingevolge die ou egskeidingsreg gespeel het.

3.2 Uitbreiding van die konsiliarie-begrip

²²⁹ A 39(1) van die *Family Proceedings Act*.

²³⁰ A 39(2).

²³¹ Dit blyk ook duidelik uit die *Guardianship Act 1968* en die *Matrimonial Property Act 1976* wat onderskeidelik die toekenning van voogdy oor, bewaring van en toegang tot kinders en die verdeling van huweliksbates by egskeiding reël.

²³² A 66.

²³³ A 18 van die *Matrimonial Property Act*.

Die *Family Proceedings Act 1980* het die idee van konsiliarie²³⁴ verder uitgebrei deur vir beradings- en konsiliariesedienste²³⁵ en vir bemiddelingskonferensies voor ‘n regter²³⁶ voorsiening te maak. Adams en ander²³⁷ meld dat die Wet so gestruktureer is

... in order to promote the resolution of as many issues as possible by the parties themselves with the assistance of skilled counsellors or in a mediation conference chaired by a Judge where the decision-making power still rests with the parties before exposing them to the more disempowering structure of a defended court hearing.

Naas hierdie statutêre bepalings van die vroeë jare tachtig wat, soos hieronder getoon word, slegs in beperkte mate vir bemiddeling in die ware sin van die woord voorsiening maak, het private en gemeenskapsbemiddelingsdienste²³⁸ die afgelope dekade of wat ook in Nieu-Seeland op die voorgrond begin tree.

3.2.1 Beradings- en konsiliariesedienste (*counselling and conciliation services*)

Artikels 8, 12 en 19 van die *Family Proceedings Act* plaas ‘n plig op onderskeidelik regspraktisyns, beraders en die hof om die moontlikheid van konsiliarie en selfs rekonsiliarie tussen gades te oorweeg en te bevorder wanneer kwessies ter sprake kom wat ingevolge die *Family Proceedings Act* en die *Guardianship Act 1968* deur die gesinshof aangehoor moet word. Hierdie plig bestaan dus slegs ten aansien van kwessies rakende

²³⁴ Soos aanvanklik ingevoer in die landdroshof deur die *Domestic Proceedings Act 1968*. Sien par 3.1.1 hierbo.

²³⁵ Sien par 3.2.1 hieronder.

²³⁶ Sien par 3.2.2 hieronder.

²³⁷ *Family Law Service* par 2.1.

²³⁸ Sien parr 3.2.3 en 3.2.4 hieronder.

die verlening van egskeiding, die onderhoud van kinders en gades en die voogdy oor, bewaring van en toegang tot kinders en nie ten aansien van ander familieregtelike kwessies soos die verdeling van huweliksbates nie. As daar om 'n verhoordatum aansoek gedoen word vir enige van die kwessies ten aansien waarvan hierdie pligte bestaan, moet die betrokke regspraktisy sertifiseer dat hy of sy inderdaad hierdie pligte nagekom het.²³⁹ Adams en andere²⁴⁰ sê in hierdie verband:

It must be noted that the duty extends beyond merely advising the client of the facilities to the extent of promotion. This is best done when the legal adviser is aware of the benefits of counselling.

Artikel 19(2) magtig verder die gesinshof om die volgende te doen:

... where it appears to the Court from the nature of the case, the evidence, or the attitude of the husband and wife, that there is a reasonable possibility of a reconciliation between them, or of conciliation between them on any matter in issue, the Court may –

- (a) Adjourn the proceedings to afford the husband and wife an opportunity for reconciliation, or for conciliation; and
- (b) Nominate a counsellor or, in special circumstances, any other suitable person, to explore the possibility of reconciliation or, if reconciliation does not appear to be possible, to attempt to promote conciliation.

Die plig op regspraktisys, beraders en die hof om die moontlikheid van konsiliarie en selfs rekonsiliarie te oorweeg, hou dus basies in dat regspraktisys partye wat wil skei in die reël ten sterkste behoort aan te moedig om eers van die beskikbare beradingsdienste gebruik te maak, dat beraders daadwerklike pogings tot rekonsiliarie of dan net konsiliarie behoort

²³⁹ A 8(2) van die *Family Proceedings Act*.

²⁴⁰ *Family Law Service* par 2.8.

aan te wend en dat die Howe egskeidingsverrigtinge behoort te verdaag om partye eers 'n geleentheid te gun om vir berading te gaan. Adams en ander²⁴¹ noem die berading wat ingevolge hierdie bepalings geskied, diskresionêre berading.

Verder kan enigeen van die gades tot 'n huwelik die gesinshof ingevolge artikel 9 van die *Family Proceedings Act* versoek om reëlings vir staatsgesubsidieerde berading vir hulle te tref ten aansien van kwessies wat ingevolge die *Family Proceedings Act* en die *Guardianship Act* deur die gesinshof aangehoor moet word. Sodanige versoeke kan dus slegs gerig word in die geval van kwessies rakende die verlening van egskeiding, die onderhou van kinders en gades en die voogdy oor, bewaring van en toegang tot kinders en nie in die geval van ander familieregtelike kwessies soos die verdeling van huweliksbrates nie. Die Nieu-Seelandse Regskommissie wys verder daarop dat die versoek om berading te eniger tyd voor of na die instel van verrigtinge gerig kan word.²⁴² 'n Definitiewe bedoeling om te skei is derhalwe nie 'n vereiste vir so 'n versoek om berading nie.²⁴³ Adams en ander²⁴⁴ noem die berading wat ingevolge hierdie artikel plaasvind, vrywillige berading.

Hierbenewens kan partye na die indiening van 'n aansoek om egskeiding, onderhou of die bewaring van 'n kind ingevolge artikel 10 van die *Family Proceedings Act* selfs teen hulle sin deur die hof verplig word om eers vir berading na 'n hofaangestelde berader te gaan. Verrigtinge word daarna vir minstens 28 dae uitgestel.²⁴⁵ Die Nieu-Seelandse Regskommissie wys verder daarop dat die hof by die instel van die pasvermelde aansoeke altyd die partye na berading sal verwys behalwe

²⁴¹ *Family Law Service* par 2.5.

²⁴² *Family Court Dispute Resolution* 23, 101.

²⁴³ Adams ea *Family Law Service* par 2.5.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ A 10(5).

... if there is evidence that counselling has been undertaken recently in relation to the current issues or when the application is being treated as requiring urgent intervention by a judge.²⁴⁶

Adams en andere²⁴⁷ noem die berading wat ingevolge hierdie artikel plaasvind, verpligte berading. Hierbo²⁴⁸ is gemeld dat partye in Australië ook teen hulle sin gedwing kan word om vir berading te gaan. ‘n Belangrike verskil tussen die posisie in Nieu-Seeland en dié in Australië in hierdie verband is egter, soos later in hierdie paragraaf aangedui word, dat berading in Nieu-Seeland eerder ‘n vorm van bemiddeling as berading en/of konsiliatie in die tradisionele sin van die woord is.²⁴⁹ In Nieu-Seeland kry ‘n mens dus eintlik met ‘n vorm van verpligte bemiddeling te doen. In hoofstuk 6²⁵⁰ word betoog dat verpligte egskeidingsbemiddeling ook in Suid-Afrika deur wetgewing ingevoer behoort te word.

Wanneer daar ‘n vrywillige versoek om berading,²⁵¹ of ‘n diskresionêre²⁵² of ‘n verpligte²⁵³ verwysing na berading gemaak word, moet ‘n beampete van die gesinshof, bekend as die

²⁴⁶ *Family Law Dispute Resolution* 117. Vgl ook Adams ea *Family Law Service* par 2.5. Daar word aanvaar dat dringende tussenkoms deur die hof in gevalle van ernstige gesinsgeweld nodig is.

²⁴⁷ *Family Law Service* par 2.5.

²⁴⁸ Sien par 2.3.1.4 hierbo.

²⁴⁹ Sien hfst 4 parr 2.3.2 en 2.3.3 vir omskrywings van die begrippe ‘konsiliatie’, ‘berading’ en ‘bemiddeling’.

²⁵⁰ Sien hfst 6 par 3.2.1.

²⁵¹ Ig a 9 van die *Family Proceedings Act*.

²⁵² Ig a 8,12 of 19 van die *Family Proceedings Act*.

²⁵³ Ig a 10 van die *Family Proceedings Act*.

gesinshofkoördineerder,²⁵⁴ die partye na ‘n gesikte, geakkrediteerde berader²⁵⁵ of na ‘n goedgekeurde organisasie, soos *Relationship Services* of die *Marriage Guidance Council*, vir staatsgesubsidieerde berading verwys.²⁵⁶ Hierdie gesinshofkoördineerders speel ‘n baie belangrike rol aangesien “[t]hey have contact with every case involving counselling that goes through the Family Court”.²⁵⁷ Die Nieu-Seelandse Regskommissie wys daarop dat die aantal gesinshofkoördineerders by gesinshowe in Nieu-Seeland oor die jare sterk toegeneem het. Aanvanklik was daar net agt koördineerders, wat vermeerder het tot 22 by 19 howe in 1984. Vandag is daar 28 koördineerders in 25 van die gesinshowe in Nieu-Seeland.²⁵⁸ Adams en andere²⁵⁹ wys verder daarop dat

[t]he general excellence of appointees has generated wide approval of the function of counselling co-ordinator.

Dit blyk ook uit regspraak in Nieu-Seeland²⁶⁰ dat die howe groot vertroue in die

²⁵⁴ Dit is die beampte wat ig a 8(1) van die *Family Courts Act* die verantwoordelikheid dra vir die behoorlike funksionering van die gesinshof, berading en verwante dienste. Sien par 3.1.2.1 hierbo vir die teks van hierdie artikel.

²⁵⁵ Ig ‘n praktyksnota uitgegee deur die hoofregter van die Nieu-Seelandse gesinshof, gedateer 10 Augustus 2001, moet ‘n berader ‘n geakkrediteerde en opbetaalde lid van ‘n professionele organisasie wees.

²⁵⁶ Atkin 1986-87 *Journal of Family Law* 192 wys in hierdie verband daarop dat “[o]ver half of the counselling work is done by members of the marriage guidance councils set up throughout the country”.

²⁵⁷ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 19; vgl ook Adams ea *Family Law Service* par 2.3 wat ook meld dat gesinshofkoördineerders die meeste van die aktiwiteite van die Nieu-Seelandse gesinshof op informele wyse fasiliteer.

²⁵⁸ *Family Court Dispute Resolution* 101.

²⁵⁹ *Family Law Service* par 2.3.

²⁶⁰ In *P v P* [1984] NZRL 342 het die hof bv beveel dat “... access-related counselling was to be as may be indicated by the counselling co-ordinator”.

gesinshofkoördineerders het.

In hoofstuk 6²⁶¹ word betoog dat die gesinsadvokaat in Suid-Afrika 'n soortgelyke funksie as die gesinshofkoördineerder in Nieu-Seeland behoort te beklee.

Nadat 'n gesinshofkoördineerder die partye na 'n gesikte berader of 'n goedgekeurde beradingsorganisasie verwys het, vind daar ses gratis, een uur lange beradingssessies plaas.²⁶² As daar van gesinsgeweld sprake is, kan daar van die koukusmetode gebruik gemaak word waarvolgens die partye elkeen afsonderlik deur die berader gespreek word.²⁶³ Die beradingssessies kan by die kantore van die berader of aan huis van een of albei die partye geskied.²⁶⁴ Adams en andere²⁶⁵ wys egter daarop dat ervaring geleer het dat "... neutral ground, unassociated with past discord, is preferable".

Ingevolge artikel 18 van die *Family Proceedings Act* is alle inligting, verklarings en toegegewings wat gedurende die beradingssessies geopenbaar of gemaak word geprivilegieerd. Ingevolge *Lucena v National Mutual Life Association of Australia*²⁶⁶ kan daar glad nie van 'n statutêre privilegie afstand gedoen word nie, selfs nie eers met toestemming van albei die partye nie. Aan die einde van die beradingssessies²⁶⁷ moet die

²⁶¹ Sien hfst 6 parr 3.1 en 5.1.

²⁶² New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 24. Sien ook a 12A van die *Family Proceedings Act*.

²⁶³ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 124. Sien ook hfst 4 par 3.3.13.

²⁶⁴ Adams ea *Family Law Service* par 2.6; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 23. Sien ook a 11 van die *Family Proceedings Act*.

²⁶⁵ *Family Law Service* par 2.6.

²⁶⁶ (1911) 31 NZLR 481 (CA).

²⁶⁷ Wat ig 'n praktyksnota van die hoofregter van die Nieu-Seelandse gesinshof, gedateer 10 Augustus 2001, verkieslik binne 8 weke vanaf die oorspronklike

berader egter 'n geskrewe verslag vir die gesinshof voorberei, maar hierin word slegs aangedui dat die partye die vereiste beradingsessies deurloop het, dat die partye óf besluit het om te versoen óf besluit het om met die egskeiding voort te gaan, en tot watter ooreenkoms die partye gedurende die beradingsessies geraak het.²⁶⁸ 'n Afskrif van die verslag word daarna deur die griffier van die gesinshof aan elke party verskaf.²⁶⁹

'n Besondere eienskap van berading in Nieu-Seeland is dat dit eerder 'n vorm van bemiddeling is as wat dit berading in die tradisionele sin van die woord is. In Nieu-Seeland slaan berading met ander woorde nie slegs op die verbetering van kommunikasie en/of verhoudings tussen gades of tussen gades en kinders nie, maar het dit ook pertinent ten doel om die geskilpunte tussen partye op te los of te verminder.²⁷⁰ In die 1997-*Hoexterverslag*²⁷¹ word byvoorbeeld in hierdie verband gesê dat

[i]n the New Zealand Family Court counselling is a form of Alternative Dispute Resolution aiming at an agreed settlement between the parties.

verwysing moet wees.

²⁶⁸ A 11 van die *Family Proceedings Act*. In *Lawson v Lawson* (1986) 4 NZFLR 380 is beslis dat so 'n skriftelike verslag van 'n berader "... should be limited strictly to the matters referred to in s 11". Vgl ook *Parsons v Mathieson* [1991] NZFLR 262 waarin die hoofgesinshofregter gesê het dat "[i]n my view s 18, although it makes explicit reference to information, statements and admissions, in fact is providing protection against disclosure of the raw material of counselling sessions provided by the parties, whether such disclosure be made directly or indirectly, explicitly or by way of inference".

²⁶⁹ A 11(3).

²⁷⁰ In hfst 4 par 2.3.2 word egter aangetoon dat berading en/of konsiliarie nie gewoonlik die oplossing van geskille ten doel het nie, maar bloot die aanvaarding of die verwerking van geskille.

²⁷¹ Vol I Deel 2 par 6.5.1.2.

Van Zyl²⁷² stel dit soos volg:

Counselling sessions can be equated with what in other countries would be termed mediation sessions.

Verder toon die Nieu-Seelandse Regskommissie ook aan dat

[s]ome counselling providers, including Relationship Services, consider that the conciliation counselling they offer to some couples is, in fact, a form of mediation if the couple is at the stage where resolution of the issues arising out of the relationship is a viable process.²⁷³

Vir sover berading in Nieu-Seeland by kwessies rakende die verlening van egskeiding, die onderhoud van kinders en gades en die voogdy oor, bewaring van en toegang tot kinders dus aan bemiddeling gelyk gestel kan word, is die wyse waarop verwysings na vrywillige,²⁷⁴ diskresionêre²⁷⁵ of verpligte²⁷⁶ berading geskied, asook die wyse waarop beradingssessies verloop, van groot belang vir doeleindes van hierdie proefskrif.

3.2.2 Bemiddelingskonferensies (*mediation conferences*)

The only process labelled “mediation” in the current Family Court process is the mediation conference chaired by the Family Court judge in accordance with sections 13-18 of the *Family Proceedings Act 1980*, and the more rarely used mediation

²⁷² *Divorce mediation and the best interests of the child* 149.

²⁷³ *Family Court Dispute Resolution* 75-76.

²⁷⁴ Ig a 9 van die *Family Proceedings Act*.

²⁷⁵ Ig a 8, 12 en 19 van die *Family Proceedings Act*.

²⁷⁶ Ig a 10 van die *Family Proceedings Act*.

conference under the *Children, Young Persons, and Their Families Act 1989* where an application for a declaration has been made that a child is in need of care and protection.²⁷⁷

Die bemiddelingskonferensie ingevolge die *Children, Young Persons, and Their Families Act* val egter buite die kader van hierdie proefskrif en gevvolglik word slegs die bemiddelingskonferensie voor 'n gesinshofregter bespreek.

Ingevolge artikel 14(2) van die *Family Proceedings Act* is die doelwitte van 'n bemiddelingskonferensie wat op versoek van enigeen van die partye of van die gesinshof²⁷⁸ voor 'n gesinshofregter plaasvind

- (a) [t]o identify the matters in issue between the parties; and
- (b) [t]o try to obtain agreement between the parties on the resolution of those matters.

So 'n bemiddelingskonferensie is ingevolge artikel 13 van die *Family Proceedings Act* egter slegs beskikbaar waar een gade 'n aansoek om egskeiding, onderhoud of die bewaring van of toegang tot 'n kind teen die ander gade ingedien het. Bemiddelingskonferensies voor 'n gesinshofregter is derhalwe nie beskikbaar vir ander verrigtinge, insluitende verrigtinge ten aansien van eiendomskwessies by egskeiding, wat in die gesinshof ingestel kan word nie. Adams en andere²⁷⁹ wys egter daarop dat wanneer 'n bemiddelings-konferensie op grond van 'n aansoek om egskeiding, onderhoud of die bewaring van of toegang tot 'n kind plaasvind, daar wel ook na eiendomskwessies gekyk kan word.

²⁷⁷ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 75.

²⁷⁸ A 17 van die *Family Proceedings Act* bepaal dat die gesinshof 'n dagvaarding kan uitreik om 'n persoon, wat versuim om 'n bemiddelingskonferensie by te woon, te verplig om wel so 'n konferensie by te woon. Nienakoming van so 'n dagvaarding sal op minagting van die hof neerkom.

²⁷⁹ *Family Law Service* par 2.11.

Ingevolge artikel 14(5) moet bemiddelingskonferensies privaat voor 'n gesinshofregter geskied en die enigste partye wat by 'n bemiddelingskonferensie teenwoordig mag wees, is die partye self, hulleregsverteenwoordigers²⁸⁰ en regsverteenwoordigers vir die betrokke kinders indien sodanige regsverteenwoordigers wel aangestel is.²⁸¹ Adams en andere²⁸² wys daarop dat sommige regters egter met toestemming van die betrokke partye ook ander partye, soos kinders, stiefouers, grootouers of ander lede van die uitgebreide gesin' toelaat om bemiddelingskonferensies by te woon. Daar word gewoonlik een tot twee uur vir sodanige bemiddelingskonferensies toegeken, maar langer konferensies vind ook van tyd tot tyd plaas afhangende van die houding en die beskikbaarheid van die voorsittende regter.²⁸³ Daar word verder geen prosedure of vorm vir hierdie konferensies in die *Family Proceedings Act* voorgeskryf nie.²⁸⁴

Soos in die geval van beradingssessies²⁸⁵ is alle inligting, verklarings en toegewings wat gedurende 'n bemiddelingskonferensie geopenbaar of gemaak word ook ingevolge artikel 18 van die *Family Proceedings Act* geprivilegieerd. Daar kan ook glad nie van hierdie privilegie afstand gedoen word nie, selfs nie eers met toestemming van albei die partye

²⁸⁰ A 14(3).

²⁸¹ A 14(4). New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 26 wys daarop dat regsverteenwoordigers vir kinders aangestel kan word ingevolge a 162 van die *Family Proceedings Act*, a 81 van die *Domestic Violence Act*, a 26 van die *Matrimonial Property Act*, a 159 van die *Children, Young Persons, and Their Families Act* en enige verrigtinge kragtens die *Guardianship Act*.

²⁸² *Family Law Service* par 2.11; vgl ook New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 75.

²⁸³ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 75.

²⁸⁴ Adams ea *Family Law Service* par 2.11.

²⁸⁵ Sien par 3.2.1 hierbo.

nie.²⁸⁶ Aan die einde van 'n bemiddelingskonferensie moet die voorsittende regter egter 'n skriftelike verslag opstel waarin "(a) [t]hose matters on which agreement is reached between the parties; and (b) [t]hose matters on which no agreement is reached between the parties" afsonderlik uiteengesit word.²⁸⁷ Die voorsittende regter kan verder ook aan die einde van 'n bemiddelingskonferensie met toestemming van die partye 'n bindende bevel ten aansien van die tersaaklike kwessies maak.²⁸⁸ Dit word 'n 'consent order' genoem.

As gevolg van die rol wat die gesinshofregter by hierdie verrigtinge speel, kan bemiddelingskonferensies, ten spyte van die benaming daarvan, streng gesproke nie as bemiddeling beskou word nie.²⁸⁹ Die primêre rol van 'n regter is om as 'n arbiter op te tree en hierdie rol verg heeltemal ander vaardighede as wat gewoonlik van 'n bemiddelaar verwag word. Die Nieu-Seelandse Regskommissie sê byvoorbeeld die volgende hieroor:²⁹⁰

There is considerable variation in the skill base of the judges who conduct mediation conferences. Some judges may have had experience as mediators prior to appointment to the bench, but generally, mediation has been a skill that judges have been expected to develop upon appointment, with the assistance of training sessions by skilled mediators.

²⁸⁶ *Sien Lucena v National Mutual Life Association of Australia* (1911) 31 NZLR 481 (CA).

²⁸⁷ A 14(7).

²⁸⁸ A 15.

²⁸⁹ *Van Zyl Divorce mediation and the best interests of the child* 150; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 11. In hfst 4 par 4.2.1 word aangevoer dat die bemiddelingsdienste wat in SA deur die kantoor van die gesinsadvokaat gelewer word om soortgelyke redes ook nie as bemiddeling in die ware sin van die woord beskou kan word nie.

²⁹⁰ *Family Court Dispute Resolution* 12.

Van Zyl²⁹¹ sê verder dat

[h]is [die regter se] presence and the fact that he may make a consent order must introduce an element of coercion, even if only in the minds of the parties.

Walton²⁹² verklaar ook soos volg:

... the commonest complaint about mediation conferences is that the judge did not let the parties have their full say, told them what the decision should be, and put moderate pressure on them to reach that decision. As a result many people who take part in mediation conferences consider that their feelings and their concerns have not been taken seriously enough.²⁹³

Die Nieu-Seelandse Regskommissie kom derhalwe tot die volgende gevolgtrekking:²⁹⁴

... the mediation conference offered by Family Court judges operates more as a reality check for litigants, often giving them a sense of what the outcome might be should they proceed down the litigation track. At this point, some parties settle. The mediation conference may amount to a form of settlement conference rather than a true mediation process.

Ten spyte van bogemelde aanmerkings en punte van kritiek op die bemiddelingskonferensies voor gesinshofregters blyk dit duidelik dat hierdie konferensies 'n beduidende effek het om die omvang van hofverhore in Nieu-Seeland aansienlik te beperk of heeltemal

²⁹¹ *Divorce mediation and the best interests of the child* 150.

²⁹² "The Family Court" in *Findlaw New Zealand* soos op die internet gepubliseer.

²⁹³ Sien ook Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73.

²⁹⁴ *Family Court Dispute Resolution* 12.

uit te skakel.²⁹⁵ Dit blyk ook dat gesinshofregters oor die algemeen tevrede is met bemiddelingskonferensies en dat hulle dit as 'n suksesvolle proses bestempel.²⁹⁶ Bemiddeling in die vorm wat die publiek dit in die Nieu-Seelandse gesinshof teëkom, speel dus ten spyte van die beperkinge daarvan tog 'n deurslaggewende rol in die egskeidingsproses.

3.2.3 Private bemiddeling in Nieu-Seeland

Daar is ook private bemiddelingsdienste beskikbaar in Nieu-Seeland vir partye wat wil skei of wat ander gesinsgeskille in die oë staar.²⁹⁷ Hierdie bemiddelingdienste word op 'n vrywillige basis buite die hofstelsel deur professionele bemiddelaars teen vergoeding aan die publiek aangebied. Private bemiddelaars kan opleiding in bemiddeling by universiteite²⁹⁸ of private organisasies soos *LEADR*,²⁹⁹ *AMINZ (Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand Incorporated)* en die *Mediation Training Centre* ontvang.³⁰⁰ Lidmaatskap van hierdie private organisasies wat elkeen op hulle eie poog om private bemiddelingsdienste te reguleer, is egter nie verpligtend nie. Powell³⁰¹ wys gevolglik daarop dat

²⁹⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 151; 1997-
Hoexterverslag Vol I Deel 2 par 6.5.2.2; Atkin 1986-87 Journal of Family Law
192-193; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 71.

²⁹⁶ Adams ea *Family Law Service* par 2.11; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 12.

²⁹⁷ Adams ea *Family Law Service* par 2.10.

²⁹⁸ Bemiddeling word by verskeie universiteite deur regsfakulteite as 'n vak aangebied. Dit word ook as deel van 'n diploma in dispuutbeslegting by die Universiteit van Massey aangebied.

²⁹⁹ Hierdie organisasie is ook aktief in Australië. Sien par 2.2.1 hierbo.

³⁰⁰ Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 78; Powell 2000 *New Zealand Law Journal* 419; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 76.

³⁰¹ 2000 *New Zealand Law Journal* 419.

[t]hose who choose to mediate independently of any membership can do as they wish provided that they stay within the bounds of the law.

Ten spyte van die erkenning dat "... pre-judicial intervention such as counselling *and mediation* [my kursivering] may assist in resolution of the dispute because those processes are more apt to confront the emotional dimension involved"³⁰² en die aanspraak daarop dat professionele bemiddelaars 'n unieke bydrae tot die beslewing van probleme by en rondom egskeiding kan maak,³⁰³ bestaan daar nog relatief min geleenthede vir private bemiddeling in Nieu-Seeland. Powell³⁰⁴ wys in hierdie verband daarop dat

[i]n New Zealand, at the moment, there are a large number of people who have mediation training and have not had the opportunity to mediate at all, let alone, to operate a successful practice as a mediator.³⁰⁵

Private bemiddeling in Nieu-Seeland verkeer dus in min of meer dieselfde posisie as dié in Suid-Afrika.³⁰⁶

3.2.4 Gemeenskapsbemiddeling in Nieu-Seeland

³⁰² New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution 5*.

³⁰³ Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 240.

³⁰⁴ 2000 *New Zealand Law Journal* 419.

³⁰⁵ In par 2.2.1 hierbo word getoon dat private bemiddelingsdienste ook in Australië nog nie ten volle deur die publiek benut word nie.

³⁰⁶ Sien hfst 4 par 4.2.2 waar aangedui word dat private bemiddeling in SA ook net op klein skaal figureer en dat dit ook ongereguleerd is.

Wan³⁰⁷ wys daarop dat bemiddeling in Nieu-Seeland ook buite die judisiële proses op gemeenskapsvlak plaasvind. Die Maori-gemeenskap het byvoorbeeld hulle eie inheemsregtelike dispootbeslegtingsprosesse ingevolge waarvan bemiddeling 'n baie belangrike rol speel.³⁰⁸

3.3 Probleme met die huidige stelsel in Nieu-Seeland

3.3.1 Ontevredenheid met die Nieu-Seelandse gesinshof

Daar bestaan op die oomblik heelwat ontevredenheid oor die funksionering van die gesinshof in Nieu-Seeland. Dit is veral die procedures en die prosesse van die gesinshof wat gekritiseer word. Daar is klagtes oor onder andere vertragings, die uitrek van verrigtinge, die konfronterende aard van verrigtinge, die buitensporig hoë regskoste, die vaardighede en optredes van hofbeamptes, bevooroordeling vir sover dit geslag betref en die feit dat mense nie in beheer van sake voel nie.³⁰⁹ Twyfel word verder uitgespreek oor die bevoegdheid van die gesinshof om die emosionele probleme wat met egskeiding en ander gesinsgeskille gepaardgaan behoorlik aan te spreek. Die Nieu-Seelandse Regskommissie³¹⁰ wys op die volgende in hierdie verband:

³⁰⁷ 1999 *Dispute Resolution Journal* 78.

³⁰⁸ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 62. Sien verder par 3.3.3 hieronder.

³⁰⁹ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 5-6, 54. In par 2.2 hierbo word aangedui dat daar ook soortgelyke klagtes oor die Australiese gesinshof is.

³¹⁰ *Family Court Dispute Resolution* 54.

Most Family Court proceedings arise out of profoundly distressing family circumstances. There will be emotional wounds from such circumstances that the Family Court will never be in a position to address.

Dit geld natuurlik veral vir die Nieu-Seelandse gesinshof in sy huidige vorm wat slegs in 'n beperkte mate vir bemiddeling voorsiening maak.³¹¹

'n Gesinshof as sodanig moet dus nie as die heilmiddel vir die oplossing van alle probleme rondom egskeiding beskou word nie.

3.3.2 Kritiek op die gebrek aan betrokkenheid van kinders by gesinshofverrigtinge

Daar word in die eerste plek gesê dat die standaard-regsproses waarby 'n regter voorsit en ouers die geleentheid gegun word om beskuldigings oor en weer teenoor mekaar te maak nie die ideale proses is wat by geskille oor kinders gevvolg behoort te word nie.³¹² Die gesiktheid van die gesinshof as forum wat binne die adversatiewe stelsel van litigasie funksioneer, word dus vir die beslegting van hierdie tipe geskille in twyfel getrek.

In die tweede plek word die gebrek aan betrokkenheid van kinders by gesinshofverrigtinge gekritiseer.³¹³ Die Nieu-Seelandse Regskommissie³¹⁴ wys daarop dat daar geen statutêre vereiste vir die aanhoor van kinders se standpunte of wense by berading³¹⁵ of in

³¹¹ Sien par 3.3.4 hieronder.

³¹² New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 5.

³¹³ In par 2.4.2 word vermeld dat dieselfde punt van kritiek ook in Australië geld.

³¹⁴ *Family Court Dispute Resolution* 56.

³¹⁵ Sien par 3.2.1 hierbo.

bemiddelingskonferensies³¹⁶ is nie. Tog het navorsing in Nieu-Seeland³¹⁷ getoon dat

[c]hildren are indeed competent social actors who reflect and devise their own ideas and strategies for coping with family life after their parents separate, and that their views are worth listening to.

Dit blyk duidelik dat kinders wil weet wat by egskeiding aangaan en dat hulle die geleentheid wil hê om hulle eie standpunte te stel oor kwessies wat hulle raak. Die Nieu-Seelandse Regskommissie³¹⁸ sê verder in hierdie verband dat

[t]hey [kinders] want their views taken into account even if they do not want to control the final decision.

Dit blyk verder dat

[i]f children are involved in the process in an appropriate way and informed about what is happening and consulted about their views, they are much more likely to accept the decisions made and feel comfortable enough to be able to meet the challenges of the new family situation.³¹⁹

3.3.3 Kulturele kwessies

Dit blyk eerstens dat die gesinshof nie genoegsame erkenning aan die kulturele waardes

³¹⁶ Sien par 3.2.2 hierbo.

³¹⁷ Smith, Taylor & Tapp *Children Whose Parents Live Apart: Family And Legal Contexts* (Children's Issues Centre, Dunedin, 2001) soos aangehaal in New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 7, 8.

³¹⁸ *Family Court Dispute Resolution* 57.

³¹⁹ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 8.

van die Maori-gemeenskap van Nieu-Seeland verleen nie.³²⁰ Artikel 14(4) van die *Family Proceedings Act 1980* maak byvoorbeeld daarvoor voorsiening dat net die betrokke partye (of hulregsverteenwoordigers) ‘n bemiddelingskonferensie voor ‘n gesinshofregter mag bywoon³²¹ en neem nie die feit in ag dat ‘n baie wyer groep mense gewoonlik in die Maori-gemeenskap by die beslegting van gesinsskille betrokke is nie.³²² Wan³²³ kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat “[c]urrent family law in New Zealand enshrines a Western approach that is seen as not always compatible with other cultures”.

Tweedens blyk dit dat die sosio-ekonomiese omstandighede van die Maori-gemeenskap oor die algemeen toegang tot die Nieu-Seelandse familieregstsysteem belemmer. Die Nieu-Seelandse Regskommisie maak byvoorbeeld melding van³²⁴

... their inability to access information and legal services due to language, the geographical distribution of services, and the costs involved in accessing those services.³²⁵

³²⁰ Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 77; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 59-60. In par 2.4.5 hierbo word gemeld dat dieselfde punt van kritiek ook teen die Australiese familieregstselsel geopper word; en in hfst 4 par 4.2.1 en hfst 6 par 2.4 word aangedui dat hierdie punt van kritiek veral voor die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 op 15 November 2000 ook in SA geldig was.

³²¹ Sien par 3.2.2 hierbo.

³²² ‘n Interessante kenmerk van die dispuutbeslegtingsproses in die Maori-gemeenskap is dat dit altyd kinders betrek wat deur die verrigtinge geaffekteer kan word.

³²³ 1999 *Dispute Resolution Journal* 75.

³²⁴ *Family Court Dispute Resolution* 60.

³²⁵ Die inheemsregtelike gemeenskappe in SA ondervind oor die algemeen ook hierdie probleme, wat aansienlik deur die ervenis van apartheid vererger is. Sien ook hfst 4 par 4.1 en hfst 6 par 2.4 in hierdie verband.

'n Derde probleem wat by die vorige paragraaf aansluit, is dat daar tans nog nie genoeg Maori-regspraktisyens is om na die belang van Maori's by gesinsverbrokkeling om te sien nie.

Laastens blyk dit dat die Maori-gemeenskap hulle eie inheemsregtelike dispootbeslegtingsprosesse vir gesinsgeskille het³²⁶ en dat hierdie prosesse tans glad nie in die Nieu-Seelandse familieregsisteem geïnkorporeer word nie.³²⁷ Die vraag is egter of die Nieu-Seelandse gesinshof nie daarby kan baat vind om kennis oor hierdie informele dispootbeslegtingsprosedures in te win en dit by die formele familieregsisteem te inkorporeer as 'n gesikte diens waarna lede van die Maori-gemeenskap by gesinsverbrokkeling verwys kan word nie. 'n Soortgelyke vraag ten aansien van die inheemsregtelike dispootbeslegtingsprosedures in Suid-Afrika is natuurlik ook van kardinale belang vir moontlike regshervorming in die nuwe Suid-Afrika.³²⁸

3.3.4 Beperkte bemiddelingsdienste in 'n adversatiewe stelsel van litigasie

Hierbo³²⁹ is aangetoon dat die berading wat ingevolge artikels 9, 10 en 19 van die *Family Proceedings Act* in Nieu-Seeland plaasvind as 'n vorm van bemiddeling beskou kan word. Die beskikbaarheid van hierdie unieke beradingsdienste wat aan die gesinshof verbonde is, is egter baie beperk. Dit is slegs beskikbaar in die geval van kwessies oor die verlening van egskeiding, die onderhoud van kinders en gades en die voogdy oor, bewaring van en toegang tot kinders en nie in die geval van ander familieregtelike kwessies soos die

³²⁶ Sien par 3.2.4 hierbo.

³²⁷ Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 77; New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 62. In hfst 4 par 4.1 word daarop gewys dat die inheemsregtelike gemeenskappe in SA ook hulle eie informele en nie-amptelike dispootbeslegtingsprosedures vir die oplossing van familieregtelike kwessies het.

³²⁸ Sien hfst 6 par 2.4.

³²⁹ Sien par 3.2.1 hierbo.

verdeling van huweliksbates nie. Daar kan dus nie van 'n holistiese benadering by beradingssessies ingevolge die *Family Proceedings Act* sprake wees nie. Verder is beradingsdienste in die meeste gevalle eers beskikbaar nadat een van die partye formeel 'n hofaansoek ten aansien van die pasvermelde kwessies in die gesinshof aanhangig gemaak het.³³⁰ Die gevolg hiervan is dat die partye meestal voor die aanvang van berading in die adversatiewe stelsel van litigasie gedompel word. Dit het weer die uitwerking dat "... a state of mind that favours attack and defence rather than mutual movement towards resolution"³³¹ by die partye ingeboesem word. Bemiddelingspogings in sulke omstandighede sal uit die aard van die saak nie altyd die beste resultate kan lewer nie.

Dieselfde punte van kritiek kan ook ten aansien van bemiddelingskonferensies voor gesinshofregters ingevolge artikels 13 tot 18 van die *Family Proceedings Act* geopper word. Soos hierbo aangetoon³³² is bemiddelingskonferensies slegs beskikbaar wanneer een gade 'n aansoek om egskeiding, onderhoud of die bewaring van of toegang tot 'n kind teen die ander gade in die gesinshof aanhangig gemaak het. Hierbenewens blyk dit dat bemiddelingskonferensies as gevolg van die rol wat die gesinshofregter by hierdie verrigtinge speel streng gesproke nie as bemiddeling beskou kan word nie.³³³

Daar kan dus nie gesê word dat die Nieu-Seelandse gesinshof hoofsaaklik 'n konsiliasierdiens met hofverskynings as 'n laaste uitweg is nie, soos destyds deur die *Report of the Royal Commission on the Courts 1978* vir die gesinshof in die vooruitsig

³³⁰ Ig a 9 van die *Family Proceedings Act* kan berading op aansoek van enigeen van die gades tot 'n huwelik voor of na die instel van formele hofverrigtinge gedoen word. Berading ig aa 10 en 19 geskied egter altyd eers na die instel van formele hofverrigtinge.

³³¹ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 64.

³³² Sien par 3.2.2 hierbo.

³³³ *Ibid.*

gestel is.³³⁴ Hoewel private bemiddelingsdienste oor alle kwessies rondom egskeiding op 'n vrywillige basis buite die hofstelsel beskikbaar is, blyk dit dat sulke dienste in Nieu-Seeland nog heeltemal onderbenut word.³³⁵ Daar vind dus nog heeltemal te veel onnodige litigasie plaas en te min alternatiewe dispuitbeslegting.³³⁶ Die vraag is gevolglik of die wetgewer nie behoort in te gryp om die bestaande moontlikhede van verwysing na bemiddeling, wat al meer as 20 jaar gelede op die wetboek geplaas is, sodanig uit te brei dat dit in 'n vroeë stadium by alle familieregtelike kwessies benut kan word nie.

3.4 Soeke na moontlike oplossings vir die huidige probleme in Nieu-Seeland

As gevolg van die huidige probleme in die Nieu-Seelandse familieregstelsel het die Nieu-Seelandse Regskommissie in Junie 2001 opdrag gekry

... to undertake a review to consider what changes, if any, are necessary and desirable in the administration, management and procedure of the Family Court in order to facilitate the early resolution of disputes.³³⁷

Die Regskommissie is spesifieker versoek om die volgende te oorweeg:³³⁸

- [T]he part in the process played by information giving, counselling, legal advice, mediation, assessment, case management and adjudication;
- who can best fulfil each of these functions;

³³⁴ Sien par 3.1.2.1 hierbo.

³³⁵ Sien par 3.2.3 hierbo.

³³⁶ In par 2.4.1 hierbo is aangetoon dat dit ongelukkig ook nog in Australië die geval is.

³³⁷ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 1.

³³⁸ *Ibid.*

- how those services are provided;
- the timing of the different interventions and the means of accessing them;
- how the views and interests of children should be best represented and at what stage of the process; and
- culturally appropriate personnel and processes.

Dit blyk duidelik uit die Regskommissie se voorlopige verslag, gedateer Januarie 2002,³³⁹ dat die invoering van bemiddeling deur professionele bemiddelaars in 'n vroeë stadium van die gesinshofproses as die belangrikste oplossing vir die huidige probleme in Nieu-Seeland beskou word. Volgens die Kommissie moet sodanige bemiddeling beskikbaar wees "... to all persons who would otherwise have their issues decided by the Family Court if they were not resolved by mediation".³⁴⁰ Dit blyk dus dat bemiddeling ook beskikbaar moet wees vir die oplossing van geskille oor huweliksbrates en ander familieregtelike kwessies wat tans nie na berading of bemiddelingskonferensies verwys kan word nie.³⁴¹ Alle kwessies rondom egskeiding behoort dus volgens die Kommissie aan bemiddeling onderwerp te word. So 'n benadering is natuurlik wenslik aangesien omvattende bemiddeling die beste resultate kan lewer, soos reeds vroeër aangevoer is.³⁴²

Die Nieu-Seelandse Regskommissie is verder van mening dat dit moontlik moet wees om ook ander persone as net die betrokke partye self by die bemiddelingsproses te betrek.³⁴³ Wanneer 'n geskil byvoorbeeld die belang van kinders raak, moet hulle ook by die bemiddelingsproses betrek word en 'n geleentheid gegun word om hulle eie standpunte te stel. Op hierdie wyse word die kritiek op die gebrek aan betrokkenheid van kinders by

³³⁹ *Family Court Dispute Resolution* 56, 57, 62, 78.

³⁴⁰ *Family Court Dispute Resolution* 78.

³⁴¹ Sien parr 3.2.1 en 3.2.2 hierbo.

³⁴² Sien hfst 4 par 3.3.2.

³⁴³ *Family Court Dispute Resolution* 78.

gesinshofverrigtinge ondervang.³⁴⁴ Wanneer 'n geskil lede van die wyer familie raak, soos dikwels die geval by Maori-families is,³⁴⁵ moet daardie lede ook by die bemiddelingsproses betrek word. Die Regskommissie meen ook dat geskille in Maori-gesinne deur Maori-bemiddelaars bemiddel moet word.³⁴⁶ Op hierdie wyse sal die meeste van die struikelblokke wat Maori-gesinne in Nieu-Seeland by gesinsverbrokkeling ervaar,³⁴⁷ uit die weg geruim word.

Bemiddeling deur professionele bemiddelaars in 'n vroeë stadium van gesinshofverrigtinge behoort verder die meeste van die huidige ontevredenheid met die Nieu-Seelandse gesinshof uit die weg te ruim.³⁴⁸ Bemiddeling is 'n informele en eenvoudige proses wat mense verstaan en waaraan hulle ten volle kan deelneem.³⁴⁹ In die bemiddelingsproses kan mense self die besluite neem oor aangeleenthede wat hulle direk raak.³⁵⁰ Die bemiddelingsproses is verder buigsaam en kreatief,³⁵¹ dit leer die partye om konflik op 'n nie-aggressiewe wyse te hanteer en om konflik oor die algemeen te verminder en dit neem

³⁴⁴ Sien par 3.3.2 hierbo.

³⁴⁵ Sien par 3.3.3 hierbo.

³⁴⁶ *Family Court Dispute Resolution 62-63*. Die Regskommissie meld in hierdie verband: "Some thought needs to be given to encouraging young Maori professionals, such as psychologists and lawyers, to consider careers assisting Maori families through the Family Court. We recognise, however, that there are high demands in all areas of life in New Zealand for Maori professionals, and it may be some time before there are enough qualified professionals to fulfil all the need across society."

³⁴⁷ Sien par 3.3.3 hierbo.

³⁴⁸ Sien par 3.3.1 hierbo. Sien ook New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution 56*.

³⁴⁹ Sien hfst 4 par 3.5.1.

³⁵⁰ Sien hfst 4 parr 1 en 3.2.1.

³⁵¹ Sien hfst 4 par 3.2.6.

boonop geloofs- en kultuurverskille in ag.³⁵² Verder blyk dit ook dat bemiddeling gewoonlik goedkoper en vinniger as die tradisionele egskeidingsproses is.³⁵³ Die meeste van die huidige probleme met betrekking tot gesinsaangeleenthede behoort dus aangespreek te word as bemiddeling in 'n vroeë stadium in die gesinshofproses ingevoer word.

Die Regskommissie maak dit verder duidelik dat kwessies soos die opleiding, kwalifikasies, aanstelling,akkreditering en monitering van bemiddelaars aandag sal moet kry as die staat sou besluit om bemiddeling deur professionele bemiddelaars deel van die gesinshofproses te maak.³⁵⁴

'n Verdere oplossing vir die huidige probleme in Nieu-Seeland is volgens die Regskommissie geleë in die beskikbaarstelling van inligting oor al die verskillende prosesse en dienste van die gesinshof.³⁵⁵ Daar word gesê:

As a general premise, the more people are educated about a system, the better equipped they are to make informed choices and wiser use of scant resources.

Die Regskommissie stel in hierdie verband voor dat daar onder andere inligtingsessies moet wees vir gades wat van voorneme is om te skei. Tydens sodanige sessies behoort die volgende sake bespreek te word:³⁵⁶

³⁵² Sien hfst 4 par 3.5.1.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Family Court Dispute Resolution 78-79.* In par 2.5 hierbo word aangedui dat die opleiding van bemiddelaars ook in Australië as 'n belangrike deel van 'n hervormde en verbeterde familieregstelsel beskou word.

³⁵⁵ *Family Court Dispute Resolution 73-74.* In par 2.5 hierbo is gemeld dat die verskaffing van tydige, akkurate en bruikbare inligting aan mense wat wil skei ook in Australië as een van die oplossings vir die huidige probleme in die familieregstelsel beskou word.

³⁵⁶ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 69.

- [T]he importance to be attached to the welfare, wishes and feelings of the children;
- how the parties may acquire a better understanding of the ways in which children can be helped to cope with the breakdown of a marriage; and
- what the parties should expect of the legal and/or court process.

Voorts moet daar oorweging geskenk word aan die instelling van programme vir ouers en kinders wat die egskeidingsproses moet deurloop.³⁵⁷ Sulke programme hoef nie noodwendig deur die gesinshof aangebied te word nie, maar kan eerder op gemeenskapsvlak deur gemeenskapsgebaseerde organisasies en in skole as deel van die kurrikulum aangebied word.

Die Regskommissie is verder ook van mening dat die instelling van ‘n sogenaamde ‘inname-prosedure’ by die gesinshof die familieregstsisteem meer doeltreffend sal laat funksioneer.³⁵⁸ Tydens so ‘n inname-procedure moet daar ‘n kort onderhoud met die betrokke party(e) gevoer word om te bepaal watter diens van die gesinshof die gesikste beginpunt vir die oplossing van die tersaaklike geskil(le) is – dit kan berading, bemiddeling, ‘n familiegroepkonferensie of ‘n inligtingsessie wees. Daarna kan die aangeleentheid weer beoordeel en vir verdere verwysing oorweeg word. As dit tydens die aanvanklike of ‘n latere onderhoud met die betrokke partye blyk dat daar van gesinsgeweld sprake is, behoort die partye egter direk na die gesinshof verwys te word.

Die persoon wat die inname-procedure hanteer, moet uit die aard van die saak oor die toepaslike vaardighede en opleiding beskik. Die Regskommissie sê vervolgens:³⁵⁹

³⁵⁷ New Zealand Law Com *Family Court Dispute Resolution* 73.

³⁵⁸ *Family Court Dispute Resolution* 64-65. ‘n Soortgelyke prosedure, naamlik ‘n sisteemwye beoordelingsprosedure, word ook in Australië voorgehou as ‘n moontlike manier om die familieregstselsel beter te laat funksioneer. Sien par 2.5 hierbo in hierdie verband.

³⁵⁹ *Family Court Dispute Resolution* 65.

The primary skill of the person or persons performing the intake interviewer role would need to be the assessment of human behaviour. That person could have a background in either social work or clinical psychology. In addition, that person would need to have knowledge of the legal processes of the Family Court and some basic knowledge of family law principles.

Die Regskommissie is ten slotte van mening dat hierdie rol moontlik deur die gesinshofkoördineerders vervul kan word.³⁶⁰ Indien die staat sou besluit dat die gesinshofkoördineerders ook hierdie rol moet vervul, sal daar egter aansienklik groter getalle van hierdie hofbeamptes by die gesinshof aangestel moet word.³⁶¹

Alhoewel die Nieu-Seelandse Regskommissie nog geen finale aanbevelings aan die regering gemaak het nie, blyk dit reeds baie duidelik uit die voorlopige verslag dat Nieu-Seeland, soos Australië,³⁶² toenemend erkenning verleen aan die voordele en die kardinale belang van bemiddeling by egskeiding en ander gesinsgeskille.³⁶³

4 Slotopmerkings oor die posisie in Australië en Nieu-Seeland

Uit die bogaande beskrywing van die tersaaklike aspekte van die familieregstelsels in Australië en Nieu-Seeland blyk dit dat bemiddeling en in geringer mate ook ander

³⁶⁰ Sien par 3.2.1 hierbo waar die huidige rol van gesinshofkoördineerders bespreek word.

³⁶¹ *Family Court Dispute Resolution* 65. In par 3.2.1 hierbo word aangedui dat daar tans 28 koördineerders in 25 van die gesinshowe in Nieu-Seeland is.

³⁶² Sien par 2 hierbo.

³⁶³ Sien ook Adams ea *Family Law Service* par 2.10 wat melding maak daarvan dat “[t]raditional Court proceedings operating on an adversarial model have their place but there does seem to be increasing interest in alternative methods of dispute resolution”.

alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes, soos arbitrasie, reeds 'n geruime tyd 'n belangrike rol by die beslegting van geskille by egskeiding speel.³⁶⁴ Dit blyk verder dat daar in al twee hierdie lande egter nog probleme met die toepassing van egskeidingsbemiddeling, asook ander alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes, is.³⁶⁵ Die vernaamste probleem is klaarblyklik dat daar oor die algemeen nog te min alternatiewe dispootbeslegting en te veel onnodige litigasie plaasvind. Verdere probleme is dat die bemiddelingsproses, asook ander alternatiewe dispootbeslegtingsprosesse, nog nie voldoende vir die belang van kinders en die belang van mense uit nie-Westerse kulturele agtergronde voorsiening maak nie. Laastens blyk dit ook dat daar sekere probleme ten aansien van die opleiding, kwalifikasies en akkreditering van bemiddelaars bestaan.

Sowel Australië as Nieu-Seeland is gevvolglik tans besig om moontlike oplossings vir die pasvermelde probleme te ondersoek.³⁶⁶ In Suid-Afrika, waar egskeidingsbemiddeling nog in die kinderskoenstadium verkeer, kan daar met vrug gekyk word na die wyse waarop egskeidingsbemiddeling, asook ander alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes, in hierdie lande toegepas word, en veral na die wyse waarop tans gepoog word om die toepassing van egskeidingsbemiddeling, asook ander alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes, te verbeter. In die volgende hoofstuk, waarin moontlike regshervorming vir Suid-Afrika ondersoek word, sal daar dus deurentyd na die posisie in Australië en Nieu-Seeland verwys word. Hervormingspogings in Suid-Afrika moet voortbou op Australiese en Nieu-Seelandse pogings om bemiddeling in die egskeidingsproses te integreer, maar terselfdertyd daarteen waak om nie dieselfde foute te begaan as wat tot dusver in hierdie twee lande gemaak is nie.

³⁶⁴ Sien parr 2.2, 2.3 en 3.2 hierbo.

³⁶⁵ Sien parr 2.4 en 3.3 hierbo.

³⁶⁶ Sien parr 2.5 en 3.4 hierbo.